Die Bürgschaft.

Eine

Germanistische Abhandlung

von

Dr. Victor Platner,

Privatdocent zu Marburg.

Die Bürgschaft.

Die Bürgschaft.

Eine

Germanistische Abhandlung

von

Dr. Victor Platner,
Privatdocent zu Marburg.

Leipzig:
F. A. Brockhaus.

1857.

Inhalt.

§. 1.

Der Begriff von Bürgschaft im Allgemeinen.

Der Ausdruck Bürgschaft bedeutet nach seiner Ableitung von dem Worte borgen [1]), Lateinisch cavere, spondere, vadiare, im weitern Sinne Gewißheit, Sicherheit, Caution. Namentlich werden das Wort vadiare sowie die mit ihm verwandten Ausdrücke vadius, vadiarius, vaddio, vadia, vadatio, vadium sowol bei Stellung von Pfändern als bei der von Bürgen angewandt [2]). Die Bürgschaft begreift in dieser umfassenden Bedeutung alle Arten von Sicherheit, sowol diejenige, welche durch Worte, Sachen, Personen ausdrücklich gegeben wird, als auch solche, welche durch die sachlichen oder persönlichen Verhältnisse einer Person von selbst besteht [3]). Gemäß dieser um-

---

1) Siehe Graff, Altdeutscher Sprachschatz, das Wort „borgen".

2) Vergl. das Glossarium von Du Cange, das Wort „vadius". Nach Zoepfl — siehe dessen Recension der Lex Franc. Chamavor. von Gaupp i. d. Heidelberger Jahrbüchern, Jahrgang 49, S. 364—467, 496, 497 — bedeutet ursprünglich wadium, wadia, wadiare: feierlich geloben, mit der festuca geloben, bei welchem Act Bürgen hinzugezogen wurden. Lex Salica, ed. Herol. tit. 53; emend. tit. 52. Leg. Luitprandi, II, 2; III, 1; V, 7; VI, 57. Erst im 11. Jahrhundert findet sich für wadia die Nebenbedeutung v. Pfand.

3) Schon Wehner sagt in s. Practicae observationes, S. 65, zu dem Wort „Bürge": Germanicum Bürg latius patet quam latinum fidejussor. Ebenso braucht das Französische Recht das Wort caution, welches überhaupt Versicherung bedeutet, um die Bürgschaft zu bezeichnen. Code civil, lib. III, tit. 14. Stobbe — dessen Schrift zur Geschichte des Deutschen Vertragsrechts (Leipzig 1855) ich erst nach Ausarbeitung meiner Abhandlung

fassenden Bedeutung bezieht sich die Bürgschaft auf die verschiedenartigsten Verhältnisse, sowol auf die des öffentlichen Rechts als die des Privatrechts, sowol auf die des Criminalrechts als des Criminalprocesses und Civilprocesses. Der Bürge kann durch die Bürgschaft nicht nur die ihm bisher fremden, sondern auch die bereits für ihn bestehenden Verbindlichkeiten versichern.

Da Familie und Grundbesitz die ursprünglichen Grundlagen sind, auf denen die rechtliche Stellung des Einzelnen hauptsächlich beruht, so sind sie es auch zunächst, welche Bürgschaft gewähren. Vor allem gilt daher als Bürgschaft diejenige Sicherheit, welche mit dem Grundbesitz des bereits Verpflichteten von selbst gegeben ist.

Der Grund und Boden verbürgt von selbst seinen Inhaber als einen gewerten Mann [1]). Der Grundbesitz begleitet gleichsam seinen Inhaber überall hin, er ist mit ihm gegenwärtig in den Volks- und Gerichtsversammlungen, sowol bei öffentlichen als Privatverhältnissen, sowol bei strafrechtlichen als civilrechtlichen Verbindlichkeiten, er ist mit ihm wie leiblich verwachsen, und erscheint gleichsam als dessen Gewand, eine Auffassung, welche die bei der Uebertragung von Grundstücken in den Quellen vorkommenden Ausdrücke investire, investitura [2]), bekleiden, Bekleidung, bestätigen. Der zu Verbürgende braucht statt einer besondern Bürgschaft für das zukünftige Erscheinen vor Gericht oder für die zukünftige Erfüllung der im Gericht bereits zu-

---

erhielt — beachtet nicht diese umfassende etymologische Bedeutung des Worts Bürgschaft, sondern beklagt sich nur darüber, daß bei dem Mangel von juristischer Terminologie im ältern Deutschen Recht der Ausdruck Bürgschaft einfache und Gesammtbürgschaft sowie Einlager bezeichne (S. 116, 117). Indem er übersieht, daß ein innerer Zusammenhang zwischen der durch Pfand und durch Personen gegebenen Sicherheit vorhanden ist, so fehlt manchen seiner Hauptsätze ein bestimmtes juristisches Princip, welches eben aus diesem Zusammenhang sich ergibt.

1) Vergl. Dönniges, Das Deutsche Staatsrecht, Th. 1, S. 6. Landau, Territorien, S. 167—169. Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 1, S. 38—42.

2) Beseler, Erbverträge, Th. 1, S. 30. Albrecht, Die Gewere, S. 64. Grimm, Rechtsalterthümer, S. 555, 556. Sandhaas, Germanistische Abhandlungen, S. 18, 19.

erkannten Verbindlichkeit nur seinen im Gerichtsbezirk gelegenen Grundbesitz nachzuweisen [1]). Die Oeffentlichkeit der vom Pflichtigen erfolgten gerichtlichen Erklärung, die öffentliche Natur des im Gerichtsbezirk liegenden Grundbesitzes verhindern sofort den Verpflichteten eine Verfügung zu treffen, durch welche er die im Gericht gegebene Sicherheit anfechten oder schwächen könnte. Aber eine wirkliche Verpfändung des Grund und Bodens ist nicht eingetreten. Indessen hat diese Art von Sicherheit unstreitig mit dazu beizutragen, die Einführung des römischen Hypothekenbegriffs zu begünstigen, wobei gleichfalls der Pfandeigenthümer in seinem Besitzverhältniß zum Pfandobject nicht sofort unmittelbar gestört wird. Wenn auch das ältere Deutsche Recht bei einer solchen Bürgschaft keineswegs die feine Natur einer Römischen Hypothek wirklich vollständig annimmt,

---

1) Gengler, Stadtrechte: Altenburg, Privileg. v. 1265, §. 5: „Quicunque homicidium perpetraverit, si infra municipium habet proprietatem, ipsemet pro se spondebit"; München, Rechtsbrief v. Herz. Rudolf v. 1294, §. 20; Passau, Rechtsbrief v. 1300, §. 3; Wien, Stadtbrief v. 1221, §. 21; Eisenach, Rechtsbrief v. 1283, §. 5; Landshut, Rechtsbrief v. 1279, §. 7. Rößler, Stadtr. v. Brünn v. 1243, Art. 2, 14, 15, Schöffenbuch, Art. 290, 294. Grimm, Weisthümer, Bd. 3, S. 2, Jura oppidi tuitiensis, Weisthum von Deutz, S. 7: „Die burger von Sibergh mogen sich borghen sunder burghe up ire erve." Capitularia, lib. IV, c. 29; capit. 819, c. 14. Sächs. Landr., II, 5, 1. Senkenberg, Corp. jur. Germ., tom. I. Richtsteig des Landr., Buch 1, Cap. 41, 50, 51. Schwäbisches Landr. v. Laßberg, c. 96, 112. Sächs. Weichbild, Art. 27. Böhme, Diplomatische Beiträge, Bd. 6. Schöffenurtheile, S. 96. Jütische Low, Buch 2, 104. Kulmer Recht, IV, 90. Hach, Lübisches Recht, Cod. III, Art. 268. Gaupp, Das alte Magdeburgische und Hallische Recht, S. 290, Art. 53. Lappenberg, Hamburgische Rechtsalterthümer, Bd. 1; Stadtr. v. 1270, VI, 8, 11, 12; v. 1292, C. XXI; v. 1497, C. VII, VIII. Seibertz, Urkundenbuch z. L. u. R. d. Herzogthum Westphalen, Bd. 2, Soester Schrae, S. 410, §. 4. Mevins, Commentarius ad. jus Lub., lib. III, art. 5. Reyscher, Würtemb. Privatr., §. 150. Gerichtsordnung der Stadt Bremen, pars. II, tit. 10, §. 1, 2. Die praktische Gültigkeit dieser gesetzlichen Bürgschaft zeigte sich noch jüngst in Hamburg bei dem bekannten Proceß des Buchhändlers Campe wegen der von ihm gedruckten Geschichte der Höfe von Vehse. Denn Campe wurde durch den bloßen Nachweis einer Erbgesessenheit von jeglicher besondern Cautionsleistung befreit.

so findet doch auf diese Bürgschaft der Begriff von einer obligatio rei in securitatem creditoris in gewisser Weise Anwendung.

Mit der durch den Grundbesitz vermittelten gesetzlichen Bürgschaft steht die uralte gesetzliche Familienbürgschaft in enger Verbindung. In den ältesten Zeiten bewirkte bekanntlich die Einheit des Bluts, die gemeinschaftliche Abstammung von demselben Stammvater, daß die einzelnen Mitglieder einer Familie für das von einem ihrer Familiengenossen wegen eines Todtschlags zu entrichtende Wergeld subsidiarisch als Bürgen haften müssen [1]). Diese Art von Bürgschaft läßt sich im Gegensatze zur gesetzlich sachlichen Bürgschaft als gesetzlich persönliche bezeichnen. Wenn diese Bürgschaft auch durch die Ansicht, daß man das Verbrechen dem Thäter, als dem wahren Urheber, ausschließlich anrechnen müsse [2]), sehr bald überall mit Ausnahme einzelner Rechte [3]) verdrängt wird, wenn ferner nach den neuern Forschungen das Institut der gesetzlichen Sammtbürgschaft, wo nach einer Eintheilung in aus je zehn Freien bestehende Genossenschaften eine jede für die von den Mitgenossen begangenen Verbrechen haftet, sich als unbegründet erweist [4]), so ist doch diese

---

1) Walter, Corp. jur. Germ., das überhaupt bei den Citaten anzunehmen ist, wenn kein anderes genannt ist, Lex Saxon., tit. II, c. 5, 6; Lex Sal., tit. 65; Edict. Rot., c. 328. Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 373. Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 1, S. 213, 214. Sachße, Historische Grundlagen des Deutschen Staats- und Rechtslebens, §. 15.

2) Lex Wisigoth., lib. VI, tit. 1, c. 8. Lappenberg, Hamburger Urkunden, Nr. 899. Michelsen, Sammlung altdithmarscher Rechtsquellen, Landr. v. 1447, §. 56: „efft dar en deif stele, so mach de deif vorstelen sinen Hals unde al sin ghud, unde nicht siner vrunde ghut".

3) Michelsen, a. a. O., Landr. v. 1447, §. 71, 73, 79, 111; Landr. v. 1539, Art. 227, 228, 229, 245. Dieser letztere Artikel enthält die Aufhebung der Verwandtenpflicht. In England wurde sie aufgehoben durch Eduard I. Maurer, Zeitschr. f. Deutsch. Recht, Bd. 16, S. 225.

4) Marquardson, Ueber Haft und Bürgschaft bei den Angelsachsen, S. 20, 27—34. Walter, Rechtsgeschichte, §. 18. Gengler, Lehrbuch des Deutschen Privatrechts, S. 760. Maurer, Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf-, und Stadtverfassung. Nach Maurer, Ueber angelsächsische Markenverhältnisse, in d. Z. f. D. R., Bd. 16, S. 220—225, war

gesetzliche Familienbürgschaft nicht ohne Nachwirkung auf andere spätere Verhältnisse geblieben. Denn bei vielen aus der Verbindung von Familien hervorgegangenen Vereinigungen, bei Städten und Genossenschaften [1]), bei vielen Unterthänigkeits- und sonstigen Abhängigkeitsverhältnissen gilt häufig der Grundsatz, daß analog der Familienbürgschaft, der Mitbürger, der Mitgenosse, der Hörige für die von seinem Mitbürger, seinem Mitgenossen, seinem Herrn übernommenen Verbindlichkeiten oder begangenen Verbrechen, namentlich im Auslande, haftet [2]). Dieser Grundsatz kommt jedoch meistens nur unter der Voraussetzung zur Anwendung, daß die Verbindlichkeit im Ausland gegen einen dortigen Einwohner übernommen, daß das Verbrechen im Ausland gegen einen dortigen Einwohner begangen ward, und das Gericht des Ortes, in welchem der Schuldner, der Verbrecher wohnte, dem auswärtigen

---

ursprünglich eine villa verantwortlich für Frevel in der Mark. Später sollten allemal 10 unverbürgte Männer in einer villa eine Gesammtbürgschaft ausmachen.

1) Wilda, Gildenwesen im Mittelalter, S. 43, 65, 129—130, 147, 148. Maurer, i. d. Z. f. D. R., Bd., 16, S. 225. Lacomblet, Urkundenbuch für die Gesch. d. Niederrheins, Bd. 2, Nr. 383. Die Münzgenossen zu Cöln bezahlen das von einem Münzgenossen für sich gekaufte Silber, wenn er deswegen bereits zum viertenmale vor Gericht geladen, ausbleibt.

2) Thomas, Oberhof zu Frankfurt, S. 357, 358. Gengler, Stadtr., Königsfeld. Rechtsbrief von 1360, §. 4. Gaupp, Stadtr., Privileg. Friedrichs II. f. Nürnberg v. 1219, §. 17. Grimm, Weisthümer, I, Jura burgi de Chatelblanc, S. 848; III, Landr. der sieben Freien, S. 67, §. 5. Niemand soll, wenn er seine Pacht bezahlt hat, wegen Schulden seines Herrn Noth leiden. Lacomblet, a. a. O., Bd. 2, Nr. 169, 205. Die Bürger von Cöln sollen wegen Schulden oder Zusagen ihres Erzbischofs nicht angegriffen werden. Böhmer, Urkundenbuch der Stadt Frankfurt, S. 304, Freiheiten d. St. Frankf. v. 1297, §. 24. In Frankfurt darf Niemand wegen Schulden seines Herrn verhaftet werden. Seibertz, a. a. O., Bd. 1, Nr. 277. Münster, Dortmund, Soest, Lippe bestimmen, daß die Ritter, welche Diener eines Castellans sind, der Bürger von diesen Städten plündert, weder Darlehn noch ein anderes Geschäft in einer dieser Städte abschließen dürfen. Révue archéologique, III, 1, droits et usages in Bezug auf die Gründung von Städten. Bei der Gründung der Stadt Montauban wird bestimmt, daß ihre Bewohner wegen Schulden ihres Stadtherrn, des Grafen von Toulouse, gegen Fremde nie verklagt werden sollen. Warnkönig, Flandrische Rechtsgeschichte, Zusätze, I, Nr. 14.

Gläubiger, dem auswärtigen Verletzten die Leistung der Rechtshülfe entweder verzögert oder ganz verweigert hat. Diese Verbindlichkeit eines Bürgers für die von einem Mitbürger begangenen Verbrechen oder gemachten Schulden einzustehen, beruht auf demjenigen Grund, auf welchen sich auch die Familienbürgschaft stützt. Wie ursprünglich der Einzelne vorzugsweise in seiner Eigenschaft als Familienmitglied berechtigt und verpflichtet ist, so hat später, bei Entwickelung des städtischen Corporationsgeistes, der Bürger als Mitglied der Bürgerschaft hauptsächlich rechtliche Bedeutung. Er bewegt sich vorzugsweise in dem Kreis derjenigen Rechte und Pflichten, welche aus dieser Mitgliedschaft hervorgehen.

Es ist diese Art von stillschweigender Bürgschaft eine Art Ergänzung der ausdrücklichen, wenn auch nicht immer freiwilligen. Denn ein Bürger pflegt nicht leicht die Bürgschaft zu verweigern, wenn ihn sein Mitbürger darum angeht. Noch viel weniger konnte der Hörige für seinen Herrn dieselbe verweigern, denn er mußte sich sogar gefallen lassen, daß ihn dieser für seine Schulden verpfändete. Dieses Verpfändungsrecht hat unstreitig mit dazu beigetragen, daß die Stadtherren die Bürger der Stadt, die nicht ihre Hörigen waren, selbst gegen deren Wissen und Willen als Bürgen stellten, oder daß die Bürger als gesetzliche Bürgen des Stadtherrn stillschweigends angenommen wurden. Aber bei der heranwachsenden Macht und bei dem sich entwickelnden Freiheitsdrang der Städte wird bald diese unfreiwillige Bürgschaft der Bürger für ihren Stadtherrn, für ihre Mitbürger als eine ungehörige Beschränkung der persönlichen und Vermögens-Freiheit aufgehoben, so daß selbst die dem Stadtherrn in der Stadt angehörigen Hörigen nicht mehr als gesetzliche Bürgen für ihren Herrn haften. Die freie Luft, in welcher die freien Bürger der Stadt leben, übt auch auf diese Hörigen einen befreienden Ausfluß aus. Da diese unfreiwillige Bürgschaft namentlich in den Städten häufig Veranlassung zu Zwistigkeiten und Fehden gibt, so suchen sowol Städte und Stadtherren, als Kaiser und Reich sie als eine den Grundsätzen der Gerechtigkeit widersprechende Bestimmung zu beschränken oder wo möglich abzuschaffen [1]).

---

1) Verträge, in welchen bestimmt wird, daß nur der ursprüngliche

Wenn diese ohne alle Schuld des Bürgen bestehende Bürgschaft sich nur durch die Schwachheit der damaligen Rechtspflege, durch die häufige Sühnung der Verbrechen mit Geldstrafen, durch die noch unvollkommen entwickelte Lehre von der Zurechnung eines Verbrechens, durch die große Festigkeit der genossenschaftlichen Bande, durch die nachhaltige Stärke des Lehns- und Hörigkeitsverbandes einigermaßen rechtfertigt, so ist dagegen um so begründeter diejenige Art von Sicherstellung, welche gesetzlich aus gewissen Handlungen folgt, wie z. B. wenn Jemand wissentlich einen Verbrecher, einen Geächteten bei sich aufnimmt, ihn nicht zur gehörigen Zeit ausliefert, nicht gehörig auf seine Untergebe-

---

Schuldner oder Verbrecher hafte, finden sich z. B. nach Lacomblet, a. a. O., Bd. 2, Nr. 463 zwischen Utrecht und Cöln; Nr. 530, zwischen dem Grafen Jülich und der Stadt Cöln; Nr. 532, zwischen dem Grafen Dietrich von Katzenelnbogen und Cöln; Nr. 610, zwischen Deventer und Cöln; Nr. 719, zwischen Nimwegen und Cöln; Nr. 789, zwischen Gent und Cöln; Bd. 1, Nr. 464, zwischen Verdun und Cöln; nach Günther, Codex diplomaticus, Th. 2, Nr. 151, zwischen Cöln und Boppard; Nr. 157, zwischen Coblenz und Boppard; nach Schreiber, Urkundenbuch der Stadt Freiburg, Bd. 1, Nr. 121, zwischen Basel und Freiburg; Nr. 135, zwischen Straßburg, Basel und Freiburg; nach Niesert, Münstersches Urkundenbuch, Bd. 1, Nr. 15, zwischen dem Bischof Everhard und den Provinzen von Friesland, Emesgau, Brockmannia, Reyderland und Aldaombechte; nach Warnkönig, Flandrische Rechtsg., Zusätze, I, Nr. 17, zwischen Flandern und Cöln; nach Seibertz, a. a. O., Bd. 1, Nr. 375, zwischen Cöln und Soest; vergl. auch Bd. 2, Nr. 870, §. 8. Dieser Verpflichtung eines Unterthanen, eines Bürgers für Schulden oder Vergehen seines Herrn, seines Mitbürgers im Ausland einstehen zu müssen, entspricht auf der andern Seite das häufige Versprechen eines Stadt-, eines Landesherrn einzustehen, wenn in seinem Gebiet einem Ausländer etwas zustößt; vergl. z. B. Michelsen, Urkundensammlung der Schleswig-Holstein-Lauenburgischen Gesellschaft, Bd. 1, Nr. 84. Regesta Badensia, Nr. 75. Lacomblet, a. a. O., Bd. 2, Nr. 407. Auch steht mit diesem Einfluß der Abhängigkeitsverhältnisse auf den Vorgesetzten die Regel in enger Verbindung, daß bei Verträgen sehr häufig zur größern Sicherheit die Vasallen, die Ministerialen, die Untergebenen eines der Contrahenten mit dessen Einwilligung ihn nicht mehr zu unterstützen versprechen, sobald er den Vertrag nicht einhält. Aus allem diesem erkennt man, aus welchen engen, vorzugsweise privatrechtlichen Beziehungen unsere modernen Begriffe von Unterthanenschaft und Staatsgewalt, von Vertretung des Inländers im Ausland hervorgegangen sind.

nen achtet [1]). Denn in diesen Fällen hat sich der Verpflichtete eine rechtswidrige Handlung zu Schulden kommen lassen, aus welcher seine Verpflichtung, gleichsam als Bürge einzustehen, mit Recht folgt. Freilich hat diese Verpflichtung einen Entstehungsgrund, welchen sie mit der gesetzlichen Familienbürgschaft theilt, und zugleich hat letztere mit dazu beigetragen, die erstere zu begründen. Denn wie die Familienbürgschaft stattfindet, weil der Thäter als Familienmitglied in einem nähern Verhältniß zu seiner Familie steht, so auch müssen der Haus-, der Burgherr, der Wirth für die aufgenommenen Verbrecher einstehen, weil sie durch die Aufnahme in ihr Haus, durch die Aufnahme in die Reihen ihrer Untergebenen in eine Art von Schutzverhältniß zu dem ursprünglich Verpflichteten treten. Bei diesem Einfluß des Schutz- und Herrschaftsverhältnisses hat denn auch der Herr die von seinem Sklaven begangenen Verbrechen, ein Eigenthümer die von seinen Thieren verursachten Beschädigungen zumal dann zu verbürgen [2]), wenn er trotz des zwar ohne sein Wissen begangenen Verbrechens, trotz der zwar ohne seine Veranlassung angerichteten Beschädigung, nach wie vor den Sklaven, das Thier in seine Were aufnimmt und behält.

---

1) Capitularia, lib. IV, c. 32. Luitp. leg., VI, c. 38. Edict. Rot., c. 276—280. Lex Wisigoth., VII, II, 22; IX, I, 3. Schmied, Die Gesetze der Angelsachsen, Aethelred's Gesetze, II, §. 27, 28. Lex Ripuar., tit. 78, 87. Sächs. Landr., III, 60, 3. Schwäb. Landr. von Wacker, c. 233. Schwäb. Landr. von Laßberg, c. 253. Gengler, Stadtr., Passau, Rechtsbrief vom Bischof Bernhard v. 1300, §. 35. Jüt. Low, II, 27. Böhmer, Cod. dipl. Moenofrancf., S. 545—546, §. 10.

2) Lex Alamannor., tit. 102; Lex Bajuvar., tit. 19, 10; Lex Fris., addition. sap. III, 68; Lex Saxon., tit 13; Lex Angl., tit 11; Edict. Rot., c. 330, 331; Luitp. leg., IV, c. 3. Canciani leg. Barb., lib. I; Leg. Long.; Leg. Carol. M., c. 26, 30, 32, 108; Leg. Ludov., I, c. 9, 10; Leg. Lothar., c. 57, 58; Leg. Angl., lib. IV; Leg. Cnut., S. 306, c. 28: „quilibet dominus famulos suos in propria fidejussione habeat". Vergl. auch Maurer, in d. Z. f. D. R., Bd. 16, S. 228. Capitular., lib. III, c. 44; lib. V, c. 341. Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 588—594, 632—665. Eine Folge dieses Grundsatzes ist auch wol die später hie und da vorkommende Regel, daß der Gutsherr, der Dienstherr in Bezug auf öffentliche Abgaben für die von ihm in sein Gut, in sein Haus aufgenommenen Tagelöhner haftet; vergl. z. B. Klingner's Samml. v. Baurnrechten, Bd. 1, S. 146.

Den Gegensatz zu der gesetzlichen Bürgschaft bildet im weitern Sinne diejenige, welche immer eine besondere ausdrückliche Handlung erfordert. Diese besondere Handlung kann nach der allgemeinen Bedeutung des Wortes Bürgschaft darin bestehen, daß der bereits Verpflichtete selbst noch mit einem besondern Versprechen z. B. bei seiner Ehre, die Erfüllung der bereits für ihn bestehenden Verpflichtung angelobt, oder daß er für sie seine Sachen, seine Person zum Pfand hergibt [1]), seine Person zum Einlager verpflichtet [2]). Aber trotz dieser Vereinigung von Bürgschaft und Hauptverbindlichkeit in ein und derselben Person wird im Ganzen das Deutsche Recht wie das Römische von der Ansicht beherrscht, daß zum Begriff einer Bürgschaft im engern Sinne die Hinzuziehung und der freiwillige Beitritt einer dritten Person zu einer ihr ursprünglich fremden Verbindlichkeit nöthig ist. Ausdrücklich wird in den Quellen die Stellung von Bürgen als wahre Bürgschaft der Hingabe von Pfändern entgegengestellt [3]). Die in älterer Zeit so häufige unfreiwillige Bürgschaft wird durch den Grundsatz: Hi dumtaxat, qui delicta seu fidejussiones personaliter contraxerint aut promiserint, valeant arrestari [4]), sowol im Civilrecht als Strafrecht, sowol in öffentlichen als Privatverhältnissen immer mehr

---

1) Vergl. z. B. Senkenberg, Richtsteig des Landr., Bd. 1, c. 38, wo von demjenigen, der keinen Bürgen wegen seines Erscheinens vor Gericht stellen kann, gesagt wird, er solle selbst Bürge sein, d. h. er hat seine Person dem Frohnboten zu überliefern: „na den dat hie genen borgen en hevet, off hie yet selve borge sulle sün, so vünt men hie sulle". Vergl. auch Schrader, Consilia, lib. II, c. 32, No. 112, 125.

2) Monumenta Zollerana, v. Stillfried, Nr. 101. Lacomblet, a. a. O., Bd. 2, Nr. 616: „nos tanquam fidejussor una cum ipsis intrabimus ad jacendum", Nr. 376, 621. Ueberhaupt ist in ältester Zeit die Ueberlieferung der eigenen Person an den Gläubiger wegen Vermögenslosigkeit sehr häufig. Marculfi Formulae, II, f. 28; Form. Bignon., f. 26; Form. Lindenbr., f. 136; Form. Andg., f. 2, 13, 19, 37; Form. Sirmond, f. 10. Pertz, Monumenta Germ., III, S. 117, Capit. quae in leg. Salic., c. 8; Capit. quae in leg. Ripuar. mitt. 803, c. 3. Lex. Wisigoth. IX, I, 2.

3) Lex Alamannor., tit. 36, 3. Lex. Bajuvar., I, c. 6, 3. Edict. Rot., c. 365, 366. Luitp. leg., V, c. 7, 11. Rechtsb. d. Distinctionen, Buch 2, Cap. 14, d. 1.

4) Gengler, Stadtr., Attendorn. Privileg. v. 1374 d. 2. August.

verdrängt. An die Stelle der unfreiwilligen, unverschuldeten Bürgschaft tritt immer mehr die mit Wissen und Willen gegebene [1]). Der einzelne Mensch gilt nicht blos als ein Theil eines Ganzen, einer Familie, einer Stadt, einer Genossenschaft, sondern auch als ein für sich selbst bestehendes selbstständiges Rechtssubject. Dieser Begriff von der selbstständigen rechtlichen Persönlichkeit des Einzelnen, welchen bekanntlich das Römische Privatrecht in seinem Obligationenrecht so sehr ausgebildet hat, ist erst allmälig in das Deutsche Recht vollständig eingedrungen, und es ist unstreitig eine der Aufgaben der Deutschen Rechtsgeschichte, zu zeigen, unter welchen Schwierigkeiten, unter welchen historischen Verhältnissen derselbe sich im Deutschen Recht fortentwickelt und eine Ausdehnung und Anerkennung erlangt hat, welche die im Römischen Recht geltende noch in mancher Beziehung übertrifft. Namentlich befördert und veranschaulicht die Bürgschaft den Entwickelungsgang dieses Begriffes. Denn die Person, welche Bürgen stellen soll, zeigt eben durch ihre Bedürftigkeit, daß ihre bloße Abstammung von einer Familie, ihre bloße Stellung als Mitglied einer Stadt-, einer Dorfgemeinde, einer Genossenschaft sie nicht schon an und für sich hinreichend gewährleistet, ihr im rechtlichen Verkehr noch nicht vollen Credit verschafft. Der Bürge dagegen beweist durch die freiwillig von ihm übernommene Bürgschaft, daß er auch abgesehen von seiner Familie, seiner Genossenschaft, als selbstständiges Rechtssubject handeln darf und kann.

Bei der allmäligen Entwickelung des Menschen zu einem für sich bestehenden Rechtssubject hat jedoch die freiwillige Bürgschaft vorzugsweise in solchen Fällen Platz gegriffen, welche analog sind denjenigen, in welchen früher die gesetzlich-persönliche Bürgschaft eintrat. Denn die freiwillige Bürgschaft findet vorzugsweise statt bei Mitgliedern derselben Familie [2]), sowie überhaupt bei denjenigen Personen, deren gegenseitige Verhältnisse analog den Fa-

---

1) Rössler, Stadtr. v. Brünn, das Schöffenbuch, Art. 297: „Nullus potest pro se alium constituere soluturum vel fidejussorem, nisi consentiat."

2) Lex. Burgund., tit. 19, c. 5: „si quis pro parente aut amico vel pro quocunque fidejussor extiterit".

milienverhältnissen zum gegenseitigen persönlichen Anschluß, zur gegenseitigen Unterstützung führen. Der Vasall wird Bürge für seinen Lehnsherrn oder Mitvasallen [1]), der Ministeriale für seinen Herrn oder für seinen Standesgenossen, der Hofhörige für seinen Hofherrn [2]), der Bürger für seine Mitbürger, der Lehnsherr für seine Vasallen, der Schutzherr für seine Schutzhörigen, der Stadtherr für die seiner Stadt Angehörigen. Diese Geneigtheit Bürge zu werden ist aber auch erforderlich, um dem Bedürfniß, Bürgen zu stellen, vollständig zu genügen. Denn zahlreich sind die Verhältnisse, welche eine Bürgschaft erfordern: die Achtung vor der Freiheit der Person, welche man selbst bei der wegen Verbrechen gegen sie erhobenen Anklage nicht leicht beschränken wollte [3]), der Mangel an klingender Münze und an persönlichem Credit [4]), das Recht des Erben, gewisse von seinem Erblasser gemachte Schulden nicht bezahlen, gewisse Verfügungen desselben über das Erbgut nicht anerkennen zu müssen [5]), die Furcht, daß der Ausländer sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten entzieht, die Angst, daß der Verpflichtete vermöge seiner Macht die Anerkennung seiner Verbindlichkeiten verweigert, die Vollziehung der gegen ihn gefällten Urtheile erschwert oder verhindert. Das

---

1) Vergl. z. B. Canciani leg. Barb., Const. reg. Sic., III, 13.

2) Lacomblet, a. a. O., Bd. 2, Nr. 85, 361, 487, 825.

3) Vergl. z. B. Senkenberg, Visiones, S. 303, c. 15 jur. civ. Brunn. „Si quis de homicidio incusatus, confessus est, quod fidejussoribus careat, a judice usque ad crastinum teneatur." Michelsen, Oberhof zu Lübeck, Nr. 260. Sächs. Landr., II, 9, 3. Sächs. Weichb., Art. 27.

4) Vergl. auch Stobbe, a. a. O., S. 115, 116.

5) Sehr häufig sind daher Verbürgungen, daß ein noch Unmündiger oder ein anderer Erbe die Veräußerung des Erbguts, des Territoriums der Familie, anerkennt. Monum. Zoller. v. Stillfried, Nr. 82, 95. Lacomblet, a. a. O., Bd. 2, Nr. 647, 724, 760, 764, 971. Thomas, Oberhof zu Frankfurt, Nr. 15, S. 435; Nr. 21, S. 436; Nr. 25, S. 436, 437; Nr. 29, S. 437; Nr. 36, S. 439; ferner Nr. 39, 41, 44, 46, 48, 51. Riesert, a. a. O., Bd. 1, Ab. 1, Nr. 149. Böhmer, Cod. dipl. Moenofr., S. 78, 115, 128, 174, 177, 225, 235. Lappenberg, Hamburgisches Urkundenbuch, Bd. 1, Nr. 384. Erhard, Reg. hist. Westphal., Bd. 2, Nr. 477.

Rechtsinstitut der Bürgschaft ist daher wegen seiner in so verschiedenen Fällen vorkommenden Anwendung vor allen übrigen dasjenige, in welchem der ursprünglich aus einem Geist hervorgegangene Zusammenhang des Civil-, Straf- und öffentlichen Rechts, die organische ursprüngliche Verbindung, zugleich aber auch die allmälige Trennung der familienrechtlichen, persönlichen und dinglichen Rechtsverhältnisse sich klar abspiegelt. Selbst das Rangverhältniß der ausdrücklichen Bürgschaft zu den andern Arten zeigt den ursprünglichen Zusammenhang des Grundbesitzes mit der Person, und die wechselnde Bedeutung der Sicherungsmittel je nach der wechselnden Schätzung der einzelnen Vermögensbestandtheile. Denn zuerst kommt bezüglich der Verpflichtung eines Proceßirenden, vor Gericht zu erscheinen, diejenige Sicherheit, welche der zu Verbürgende durch einfache Angabe seines im betreffenden Gerichtsbezirk liegenden Grundbesitzes gibt. Diese vom Grundbesitz ausgehende Bürgschaft ist ihrer Natur nach eine stetige und feste, sie ist nicht, wie die eines persönlichen Bürgen, dem Untergang ausgesetzt, sie unterwirft den Verbürgten als Grundbesitzer der Beobachtung des Gerichts und der Gerichtsgenossen. Der Verbürgte braucht weder einen fremden Dritten zu dem Rechtsverhältniß hinzuzuziehen, noch auch sein bisheriges Verhältniß zu seinem Grundbesitz zu verändern.

Nach der sachlichen Bürgschaft folgt in Betreff der Verpflichtung sich vor Gericht zu stellen diejenige Sicherheit, welche der eines Verbrechens, einer Geldschuld Angeklagte durch persönliche Bürgen gibt [1]). Denn wie der Grundbesitz, welcher innerhalb des Bezirks des competenten Gerichts liegt, seinen Inhaber gleichsam wie mit unsichtbaren Banden festhält und ihn bei drohendem Verlust des Guts vor Gericht zu erscheinen zwingt, so auch nöthigen die lebendigen Bürgen den Verbürgten, welcher unter ihrer Aufsicht steht, sich vor Gericht zu stellen. Ja der auf Zahlung verklagte Schuldner ist, wenn er wegen seines Ausbleibens vor Gericht gepfändet wurde, berechtigt, durch Stellung von Bürgen das Pfand auszulösen.

Wenn in Ermangelung von Grundbesitz nicht die Mobilien,

---

1) Sächs. Landr., I, 70, 2; II, 5, 1. Richtsteig, Buch 1. Cap. 50.

sondern persönliche Bürgen als Mittel gelten, um das Erscheinen vor Gericht zu verbürgen, so hat solches darin seinen Grund, daß die Mobilien nicht wie die Immobilien einen festen selbstständigen Bestandtheil des Gerichtsbezirks ausmachen. Bei der noch etwas starren Entwickelung des Territorialprincips gilt vorzugsweise dasjenige, was einen wenn auch nur geringen Theil des Territoriums in sich begreift. Erst mit der weitern Entwickelung des Verkehrs wird namentlich in den Städten die Mobilie gleich der Immobilie für fähig erachtet, die Persönlichkeit eines Freien vollgültig vor Gericht zu verbürgen.

Hat Jemand für die Erfüllung der von ihm alsbald zu zahlenden Schuld Sicherheit zu geben, so genügt zwar hie und da die bloße Angabe des Grundbesitzes, doch wird meistens eine ausdrückliche Verpfändung und zwar zunächst von Mobilien vorgezogen [1]). Wenigstens wird gewöhnlich weder der Schuldner, der zahlen soll, gezwungen werden können, Immobilien als Pfand zu geben, noch der Gläubiger verpflichtet sein, sie anzunehmen, sobald die Mobilien des Schuldners ausreichen [2]). Denn die Entziehung von Mobilien macht dem Hauptschuldner am allerwenigsten Beschwerde und entzieht ihm nicht, wie bei der ausdrücklichen Verpfändung der Immobilien, die Hauptstütze seiner rechtlichen Thätigkeit, der Gläubiger dagegen kann sich durch den

---

1) Vergl. bei Albrecht, Die Gewere, Nr. 345, u. d. dort cit. Stellen; ferner Böhme, a. a. O., Th. 6, Schöffenurtheile, S. 126, 127. Auer, Münchener Stadtr., Art. 175. Nach diesen Stellen erlischt die wirkliche Bürgschaft durch Hingabe von beweglichen Pfändern. Vergl. auch Richtsteig d. Landr., Buch 1, Cap. 9. Hier wird ausdrücklich unter den Vertheidigungsmitteln des vom Gläubiger aufgeforderten Bürgen die Angabe der Pfänder erwähnt, welche der Gläubiger vom Hauptschuldner erhalten hat. Der Gläubiger hat sich also erst an das Pfand zu halten, ehe er gegen den Bürgen klagen kann. Grimm, Weisth., Bd. 3, Weisth. v. Hagen, S. 35, §. 11.

2) Vergl. z. B. Walch, Beiträge, Bd. 4. Augsburgische Statuten v. 1276, S. 386. Böhme, a. a. O. Auer, Stadtr. v. München, a. a. O. Uebrigens verkannte man nicht, daß die Verpfändung von Immobilien die sicherste Bürgschaft gewähre. Vergl. z. B. Glosse zum Sächs. Weichbild, Art. 26: „als denn der nächst ebenbürtig Schwertmag seiner mündlin Gut vergewisset mit untödlichen Bürgen, das ist mit solchen Pfanden, die unzergenglich sind" (nämlich Grundstücken).

in sehr kurzer Zeit zulässigen Verkauf der Mobilien sehr bald für seine Forderung bezahlt machen. Die neuern Rechte sind hier verschiedener Ansicht. Nach dem Preußischen Recht soll eine gesetzliche Caution nach Wahl des Verpflichteteten durch Pfand oder durch Bürgen gegeben werden [1]). Ist die Art der Caution durch Gesetz, durch richterlichen Ausspruch oder durch Vertrag bestimmt, so sind Pfänder statt Bürgen, nicht aber Bürgen statt Pfänder zulässig [2]). In dieser letztern Bestimmung nähert sich also das Preußische Recht dem ältern Deutschen Recht. In ähnlicher Weise bestimmt auch das Oestreichische Recht [3]), daß die Sicherstellung durch ein Handpfand oder eine Hypothek bestellt werden soll, und daß nur dann, wenn kein Pfand gegeben werden kann, ein tauglicher Bürge anzunehmen ist. Nur in dem Fall verdient die Caution durch Bürgen den Vorzug vor dem Pfand, wo die Größe eines sicherzustellenden Ersatzes sich nicht sicher im Voraus bestimmen läßt [4]). Das Französische Recht dagegen scheint der Stellung eines Bürgen vor der Hingabe eines Unterpfandes den Vorzug einzuräumen. Denn nach ihm soll derjenige, welcher einen Bürgen zu stellen hat, nur dann, wenn er keinen finden kann, die Erlaubniß haben, statt des Bürgen ein Unterpfand zu geben [5]). Diese Erlaubniß wird dem Hauptschuldner also nur im Nothfall als eine Art Gunst eingeräumt. — Die Privaten haben natürlich bei Verträgen vollkommene Freiheit sich über eine beliebige Art von Sicherheit zu vereinigen, von welchen Arten jedoch nur die Bürgschaft im engern Sinne Gegenstand der Untersuchung sein wird.

§. 2.

Die zur wahren Bürgschaft nothwendigen Erfordernisse.

Die Fähigkeit, Bürge zu werden, ist dadurch bedingt, daß der Bürge Sachen oder Eigenschaften besitzt, welche dem zu

---

1) Preuß. Landr., I, Tit. 14, §. 186.
2) Preuß. Landr., I, Tit. 14, §. 198.
3) Oestreichisches Gesetzbuch, commentirt v. Zeiller, §. 1373.
4) Zeiller, a. a. O., §. 1374, Nr. 2.
5) Code civil, §. 2041.

Verbürgenden in Bezug auf die zu verbürgende Verbindlichkeit entweder gänzlich fehlen, oder die bei ihm wenigstens unsicher und unzuverlässig sind. Die Person, die Sachen des Bürgen müssen also von der Art sein, daß der Bürgenempfänger vollkommene Sicherheit für die Erfüllung und etwaige Rechtsverfolgung seiner Ansprüche erhält [1]). Die zur Bürgschaft nothwendigen Erfordernisse sind daher entweder dingliche oder persönliche, sie beziehen sich entweder auf die Sachen oder auf die Person des Bürgen.

In Bezug auf die zur Bürgschaft nothwendigen sachlichen Voraussetzungen muß der Bürge entweder wenigstens soviel Vermögen haben, als der Gegenstand der Verbürgung werth ist [2]), oder sogar nach manchen Rechten noch mehr, als der Werth des zu verbürgenden Gegenstandes beträgt [3]). Das Gut des Bürgen muß ferner, wie die Quellen sagen, unversehrt und unversperrt, unverpfändet und unverpflichtet sein, die auf dem Gut ruhenden Lasten dürfen seinen Werth nicht so sehr verringern, daß dasselbe den Werth des verbürgten Objects nicht mehr im Stande ist zu

---

1) Lex. Burgund., tit. 83, c. 1: „quicunque fidejussorem idoneum accipiat“. Statutarrecht der Stadt Rüden v. 1310, §. 81, „de warnd en sy vullen komen gud vor de sake“.

2) Luitp. leg., VI, c. 75: „Impossibile est, ut homo talem fidejussorem accipiat, qui non habeat vel amplius vel tantum quantum ipsum debitum fuerit, quod tollere loco pignoris possit.“ Stadtr. von Hamburg, v. 1270, IX, Art. 8, 10, 12; v. 1497, C. IX. Böhme, a. a. O., Bd. 6, Schöffenurtheile, S. 96. Bartholomaeus a Chassenaeo, Cons. ducat. Burgund., S. 221, 222, 832, 833. Jüt. Low, II, 65, 5. Code civil, §. 2018. Mynsinger, Responsa, resp. 71, Nr. 18, 19.

3) Z. B. muß nach dem erneuerten Landrecht der churfürstlichen Pfalz bei Rhein der Bürge doppelt so viel Vermögen besitzen, als das verbürgte Object werth ist. v. d. Nahmer, Handbuch der Rheinischen Particularrechte, S. 451, 452. Nach dem Preuß. Landr., I, 14, §. 188, 192, werden bei Landgütern des Bürgen nur die ersten ⅔ ihres versicherbaren Werthes, bei städtischen Grundstücken nur die erste Hälfte ihres versicherbaren Werthes berechnet. Vergl. Bornemann, Preuß. Civilrecht, Bd. 1, S. 202. Eine ähnliche Bestimmung findet sich in Bezug auf die Verpfändung von Immobilien im Oestreichischen Recht. Oestr. Gesetzb., §. 1374.

decken [1]). Glaubt daher der Bürgenempfänger guten Grund zur Annahme zu haben, daß das Vermögen des Bürgen trotz seines anscheinend hinlänglichen Umfangs keine genügende Sicherheit gibt, so kann er verlangen, daß ihm der Bürge selbst Bürgen für die Unverschuldung seines Guts setzt [2]). Daher darf auch der Gläubiger einen neuen Bürgen fordern, sobald der erste arm wird [3]). Es verhält sich hier gerade so wie in dem Fall, wo Jemand das Rechtsgeschäft abschließt, ohne sich vom Schuldner Bürgen stellen zu lassen. Auch hier kann der Gläubiger nicht nach seiner Willkür Bürgen noch nachfordern [4]). Denn warum hat er solches bei Eingehung des Rechtsgeschäfts unterlassen. Wird aber der persönliche Credit, welchen der Gläubiger dem Schuldner anfangs gegeben hat, durch nachfolgende Ereignisse erschüttert, die dem Gläubiger gerechten Grund geben zu zweifeln an der Zahlungsfähigkeit, an dem ernsten Willen des Schuldners, Zahlung zu leisten, so darf der Gläubiger vom Schuldner noch die Stellung von Bürgen nachfordern, wenn der letztere nicht in persönliche Haft gerathen will [5]).

Die Beschaffenheit des vom Bürgen zu besitzenden Vermögens wechselt mit dem verschiedenen Entwickelungsgang des Rechts. Da in der ältesten Zeit fast ausschließlich die Immobilie vorherrscht, so muß auch ursprünglich das Vermögen des Bürgen aus Grundstücken bestehen. Als aber allmälig namentlich in den Städten der Einfluß des Grundbesitzes durch die wachsende Macht

---

1) Vergl. Freiberger Stadtr., Art. 2. Hach, Lübisches R., codex III, Art. 268. Lappenberg, Hamburger Stadtr. v. 1270, IX, 12; v. 1292, XXI; v. 1497, VII. Göschen, Goslarsche Statut., S. 7, Z. 34, S. 427. Thomas, Frankfurter Oberhof, S. 244. Stadtrecht von Böhmen und Mähren, S. 389—390.

2) Vergl. z. B. Hamburger Stadtr., a. a. O., und Stadtr. v. 1603, Thl. 1, Tit. 17, Art. 6.

3) Franc. Pfeilii, Consilia, cons. CLIX. Preuß. Landr., I, 14, §. 245—249. Bornemann, Preuß. Civilr., Bd. 3, §. 224, Nr. 5. Code civil, §. 2020. Oestr. Gesetzb., §. 458.

4) Hamburger Stadtr. v. 1270, VI, 23; v. 1292, G. XX; v. 1497, L. IV.

5) Vergl. z. B. Hamb. Stadtr., a. a. O. Die Erhebung des Securitätsprotestes bei den Wechseln beruht auf einem ähnlichen Grund.

des beweglichen Vermögens geschwächt wird, so reicht es zur Bürgschaft aus, wenn der Bürge nur einen Kauf- oder Kramladen [1]), oder nur überhaupt ein dem verbürgten Gegenstande an Werth gleichkommendes Vermögen besitzt [2]). In den neuern Rechten wird bald das älteste Recht beibehalten, bald dasselbe aufgegeben. Nach dem Französischen Recht wird die Zahlungsfähigkeit eines Bürgen nur mit Rücksicht auf seinen Grundbesitz beurtheilt, außer in Handelsangelegenheiten, oder wenn die zu verbürgende Schuld sehr geringfügig ist [3]); nach dem Oestreichischen und Sächsischen Recht dagegen wird bei dem Bürgen nur ein hinreichendes Vermögen erfordert, ohne daß dasselbe nach seinen verschiedenen Bestandtheilen getrennt würde [4]).

Aber nicht allein die Grundsätze über den Umfang und die Beschaffenheit, sondern auch die über die Lage des zu bürgenden Vermögens ändern sich je nach dem historischen Entwickelungsgang der Rechte. Im ältern Recht, wo nach dem Princip der persönlichen Rechte, ein Jeder berechtigt ist, sich nach dem ihm durch das Blut angeborenen Recht zu vertheidigen, pflegt der zu Verbürgende solche Personen zu Eideshelfern, zu Bürgen zu wählen, welche zu seiner Volksgenossenschaft gehören [5]). Daneben hat er auch das Recht, nicht aber die Verpflichtung, diejenigen als Bürgen zu stellen, welche mit seinem Gegner durch gleiche Volksgenossenschaft verbunden sind [6]). Als aber unter dem Einfluß des sich entwickelnden Territorialprincips die Bedeutung des inländischen Grund und Bodens sich steigert, als die einzelnen

---

1) Böhme, a. a. O., Th. 6, S. 96. Kulm. Recht, III, 138.

2) Rößler, a. a. O., Brünner Schöffenbuch, Art. 290: „licet habens ad L. talenta possit fidejubere pro homicidio vel alio casu consimili."

3) Code civil, §. 2019. Ebenso berücksichtigen nur den Grundbesitz d. Preuß. Landr., I, 14, §. 188, 192; d. Stadtr. v. Hamburg, v. 1603, I, Tit. 17, Art. 5; d. Braunschw. Gerichtsordnung, II, 10, §. 6; Reformation der Stadt Cöln, herausgeg. 1622, S. 49—50.

4) Zeiller, Comment. zum Oestr. Gesetzb., §. 1374, Nr. 4. Curtius, Handbuch des Sächs. Civilr., 2. Aufl., §. 1589.

5) Lex Ripuar., tit. 31, c. 3, 5.

6) Luitp. leg., V, c. 9: „Adducere debeat fidejussores aut de illa civitate unde ipse est, qui wadiam dedit, aut unde ipse est, qui suscepit."

Gerichtsbezirke sich nach örtlichem Recht abschließen, die Gerichte, namentlich die Stadtgerichte, nur nach dem Rechte ihres Ortes die vor sie gebrachten Rechtsverhältnisse zu entscheiden pflegen, so werden vorzugsweise solche Personen als Bürgen verlangt, welche schon an und für sich dem Gericht unterworfen sind, vor welchem der Bürgenempfänger seine Klagen anzubringen pflegt. Diese Sitte ist jedoch zur Zeit des Sachsenspiegels noch nicht absolute Regel geworden. Denn nach ihm ist derjenige, welcher sich bei einem auswärtigen Gericht als Bürge verpflichtet hat, verbunden, sich dort wegen der übernommenen Bürgschaft einzulassen. Da nun unter den Fällen, wo man sich ausnahmsweise einem auswärtigen Gericht unterwerfen muß, noch neben der Verbürgung der Fall erwähnt wird, wo Jemand in diesem ausländischen Gericht Güter besitzt, oder in demselben wohnt [1]), so braucht folglich der Bürge weder in dem ausländischen Gericht angesessen zu sein, noch in demselben zu wohnen. Denn sonst würde er auch ohne Verbürgung sich vor dem ausländischen Gericht haben stellen müssen.

Die neuern Rechte verlangen jedoch unter dem Einfluß der Römischen Rechtsregel, daß Niemand als gerichtlicher Bürge anangenommen zu werden braucht, welcher schwer zu belangen ist [2]), bald mehr, bald weniger genau, daß der Bürge in dem Gericht angesessen sein muß, welches über den Bürgenempfänger die Competenz hat [3]). — In Bezug auf die zur Bürgschaft nothwendigen persönlichen Eigenschaften ist erforderlich, daß der Bürge befugt ist, selbstständig über sein Vermögen einen Contract ab-

---

1) Sächs. Landr., III, 25, 2: „Binnen markede noch binnen utwendigen gerichte ne darf neman antwerden he ne hebbe dar wonunge oder gut binnen oder he ne verborge sik dar binnen." Vergl. auch Sächs. Landr., II, 71, 4, 5. Walch, Beiträge z. D. Rechtsgesch., Bd. 4. Augsburger Statuten v. 1276, S. 389. Goslarsche Statuten, S. 72, Z. 38—42.

2) L. 7, pr. D. qui satisdare cog. (2, 8).

3) Nach dem Code civil, §. 2018, kann derjenige, welcher einen Bürgen stellen soll, nur einen solchen als Bürgen geben, dessen Wohnsitz im Gerichtsbezirk des Appellationshofes ist, wo die Bürgschaft geleistet werden soll. Nach dem Preuß. Landrecht genügt es, wenn der Bürge überhaupt ansässig im Preußischen Staate ist.

zuschließen [1]); daher sind z. B. nach dem Jütischen Recht, Kinder, verheirathete Frauen, Klosterleute zur Uebernahme der Bürgschaft unfähig, während Witwen und Kleriker, die über ihr Gut verfügen können, dazu fähig sind [2]).

Da ferner derjenige, welcher sich für das Erscheinen eines eines Verbrechens Angeklagten verbürgt, beim Wegbleiben des Verbürgten in sehr vielen Fällen nach dem ältern Recht mit seiner eigenen Person einstehen muß, so hat ein solcher Bürge gewöhnlich mit dem Verbürgten, wenn nicht gleichen Rang, so doch gleichen Stand. Denn im Deutschen Recht wird ursprünglich ein Jeder von seines Gleichen gerichtet [3]), folglich ist, da hier der Bürge gleichsam Stellvertreter des Verbürgten wird, nur ein solcher als Bürge zulässig, welcher mit dem Verbürgten zu demselben Stand, daher auch zu demselben Gericht gehört. Der Angeschuldigte, welcher keinen seiner Standesgenossen, sondern nur einen Niedrigergeborenen als Bürgen zu stellen vermöchte, würde schon im Voraus durch das ihm von seinen Standesgenossen erwiesene Mistrauen den Verdacht erregen, daß die gegen ihn erhobene Anklage nicht ungegründet ist. Für den Verklagten, welcher keinen seiner Standesgenossen als Bürgen auffinden kann, geziemt es sich eher in diesem Falle sich in die Hände des Frohn-

---

1) Curtius, Handb. d. Sächs. Civilrechts, §. 1583. v. d. Nahmer, Rheinische Provinzialrechte, Stadtr. v. Wimpfen v. 1775, S. 1140, §. 3; Landr. v. Hohenlohe, tit. 15, §. 3. Code civil., §. 2018. Das Preuß. Landrecht, I, 14, §. 219, macht die Bürgschaftsfähigkeit davon abhängig, daß Jemand ein Darlehn gültig aufnehmen kann.

2) Jütisch. Low, II, 65, §. 2—5. Müller, in d. Z. f. D. R., herausgeg. v. Reyscher u. Wilda, Bd. 4, S. 138, Note 47. Ueber die Bürgschaftsfähigkeit der Geistlichen vergl. zugl. Capitul., lib. VI, c. 124. Nov. 123, c. 6. Cap. 1, 2, 3 X de fidejuss. (3, 22). Girtanner, Die Bürgschaft, S. 284—290. Nach dem Stadtr. v. Böhmen und Mähren waren nicht als Bürgen zu nehmen: Priester, Weiber, Kriegsleute. Nach manchen Eigenthums-Ordnungen waren auch eigenhörige Personen zur Bürgschaft unfähig, weil sie nicht vollkommen über ihr Gut und über ihre Person verfügen konnten. Vergl. z. B. Klontrup, Alph. Handb. d. Osnabrücker Rechts, das Wort „Bürgen"; Eigenthums-Ordnung, c. XV, §. 6. Vor dieser Ordnung war wenigstens actio personalis gegen solche Bürgen zulässig.

3) Sächs. Landr., II, 12, 2; III, 19. Schwäb. Landr. v. Laßberg, c. 61. Pertz, Monum. German., tom. IV, p. 316; const. pac. 1235.

boten zu begeben, als sich so weit zu erniedrigen, daß er einen Niedrigergeborenen als Bürgen vor Gericht zu bringen wagt. Dagegen hat bei der Bürgschaft für die Leistung aus Verkehrsverhältnissen, namentlich aus Geldverbindlichkeiten das Deutsche Recht sich eng an das Römische Recht angeschlossen, wo nicht die hohe oder geringe Stellung, nicht die physische Persönlichkeit der Contrahenten, sondern ihr Vermögen von Einfluß ist. Wie würden die Großen, die geistlichen und weltlichen Herren, wenn sie, was nicht selten vorkam, in einer plötzlichen, dringenden Geldklemme sich befanden, immer das nöthige Geld erhalten haben, wenn sie nur ihre Standesgenossen als Bürgen stellen durften! Selbst das Interesse des Bürgenempfängers widerstreitet einer solchen Regel. Denn derselbe zieht vor einen vermögenden, wenn auch niedrigstehenden Mann als Bürgen einem hochstehenden, der ihm bei Durchführung der aus der Bürgschaft hervorgehenden Ansprüche vermöge seines Standes und Ranges viele Schwierigkeiten verursachen kann [1]). Die häufigen Bürgschaften um Geldleistungen von Niedrigerstehenden für Höherstehende haben mehr zur Einführung der Römischen Rechtsregeln über den Verkehr, mehr zu einer Ausgleichung der verschiedenen Stände beigetragen, als manche Gesetze und Verordnungen. Das bewegliche vertretbare Vermögen verwischt rasch, ja oft zu rasch, die individuelle Natur der einzelnen Persönlichkeiten und macht dieselben ebenfalls gleichsam vertretbar. Die Bürgschaft um Geldschulden hat namentlich im ältern Recht dazu geführt, daß der zwischen Adeligen und Bürgerlichen, zwischen freien Vasallen und unfreien Ministerialen hervortretende Unterschied sich verwischte. Vasallen und Ministeriale werden sehr häufig wegen ein und derselben Schuld von demselben Hauptschuldner, der zugleich Lehnsherr und Hofherr ist, als Bürgen, als Einlagerer gestellt [2]). Gerade bei einer solchen Bürgschaft, wo der Bürge

---

1) Vergleiche z. B. v. d. Nahmer, Rheinische Provinzial-Rechte, S. 738. Chur-Mainzisches Landr. v. 1755, Tit. 20, §. 3: „Der Bürge hat nicht das benef. excuss., wenn der Verbürgte eine Person ist, die adelig, geistlich ist, oder eine solche, die schwer zu belangen ist.“

2) Vergl. Deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte v. Walter, §. 427.

als Einlagerer mit dem Gericht des Verbürgten zunächst nichts zu thun hat, sondern sich nur auf Aufforderung des Gläubigers am Einlagerungsort einstellen muß, ist ein unfreier Ministeriale oft besser als ein hochgeborner Freier. Denn der Bürgensteller kann vermöge seiner Herrschaft über den Ministerialen ihn weit leichter zwingen, die Einlagerung zu halten, während letzterer wegen seines nahen persönlichen, wenn auch untergeordneten Verhältnisses zum erstern ein größeres Interesse an der Erfüllung der Verbindlichkeiten desselben hat.

Neben dem Stand des Bürgen ist auch sein Ruf von Bedeutung. Der Bürge muß in gutem Ruf stehen, er muß, wie die Quellen sagen, ein loffwerdiger Bürger sein. Namentlich ist dann der gute Ruf eines Bürgen von Einfluß, wenn man sonst Verdacht hätte, daß der Bürge, welcher nur mit beweglichem Vermögen die Bürgschaft übernommen hat, sich mit seinem Gelde aus dem Gerichtsbezirk entfernen werde [1]).

Aber es genügt nicht, daß sowol das Vermögen als die Person des Bürgen zur Bürgschaft geeignet sind, sondern es muß außerdem auch noch der verbürgte Gegenstand den Rechtsgrundsätzen nicht widersprechen. Die Bürgschaft ist nicht im Stande, einem ursprünglich ungültigen, unklagbaren Rechtsverhältniß Gültigkeit, Klagbarkeit zu verleihen. Wenn auch die Bürgschaft an und für sich eine größere Sicherheit als die Leistung des Eides gibt [2]), so bleibt doch ein ursprünglich ungültiges Rechtsgeschäft auch als verbürgtes ungültig. So ist z. B. das durch Gewalt abgenöthigte oder einem Excommunicirten gegebene Versprechen ebenso ungültig, wenn es beeidigt [3]), als wenn es

---

1) Walch, a. a. O., Bd. 4. Augsburgische Statuten v. 1276, S. 409.

2) Brünner Schöffensatzung. Rößler, a. a. O., S. 397, Art. 210: „Ein ellent man, der nicht purgel mag gehaben, der swert al tag ain ait um chlain schuld.“ Seiler, Entscheidungen des Reichs-Kammergerichts, 1573, S. 207. Landr. v. Ober- und Niederbaiern, S. 23. Hertii Consil. ac decisiones, dec. 939. Cocceji Consil., II, cons. 250. Erfurter H. G. O. v. 1747, Tit. 22, §. 6. Preuß. Landr., I, 14, §. 184. Reyscher, Würtemb. Privatrecht, §. 150.

3) Sächs. Landr., III, 41, 2. Der widerrechtlich Gefangene braucht die von ihm eidlich bestärkten Versprechen, welche er leistete, um von seiner

verbürgt ist [1]). Nicht einmal die Verpfändung von Sachen, welche doch noch eine größere Sicherheit als die persönliche Bürgschaft für die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte gibt, vermag einem ursprünglich unwirksamen Rechtsgeschäft größere Gültigkeit zu verleihen. So oft daher die Verpfändung als unwirksam für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts erklärt wird, so oft wird damit zugleich auch die Bürgschaft für ein solches Geschäft als unwirksam ausgesprochen. Die Gültigkeit dieses Grundsatzes wird noch dadurch vermehrt, daß das Deutsche Recht ursprünglich keine Eintheilung, keinen Unterschied zwischen Civil- und Naturalobligationen kennt, und denselben auch später nicht angenommen hat, oder wenigstens nicht hätte annehmen dürfen [2]). Dasselbe hat ursprünglich bei seinem ersten Zusammentreffen mit dem Römischen Recht solche Fälle, bei welchen im letztern die dem an und für sich klagbaren Rechtsgeschäft entgegenstehende Einrede noch eine Naturalobligation bestehen läßt, rechtlich mit denen gleichstellt, bei welchen als bei qualificirten Nichtschulden selbst das wissentlich Gezahlte mit einer Condiction zurückgefordert werden kann. Während im Römischen Recht z. B. der Haussohn, welcher ein Darlehn erhalten hat, trotz seiner exceptio senatuscons. Macedoniani noch naturaliter dem Darleiher verpflichtet bleibt, während sein Bürge nur mit dieser Einrede sich gegen die Klage des letztern vertheidigen kann, so erklärt das Deutsche Recht die Klage des Darleihers, welcher die rechtliche Unselbstständigkeit des Haussohns nicht berücksichtigte, für vollständig unstatthaft,

---

Gefangenschaft befreit zu werden, nicht zu halten. Görlitzer Landr., 36. Zobel'sche Ausgabe des Sächs. Landr., Magdeburger Schöffenurtheile, III, 9, dec. 3.

1) Thomas, Frankf. Oberhof, Stadtr. v. 20. Januar 1297, §. 29: „Si dominus eum (civem Francof.) cogat, quod fidejussores statuat, ne recedat ab eo, nos illum civem juvare tenemur". Ebenso erklärt z. B. der Papst Nikolaus alle eidlichen Versprechungen und alle Bürgschaften für ungültig, welche der Erzbischof Sifried von Cöln gab, um aus seiner Gefangenschaft nach der Schlacht von Woringen loszukommen. Lacomblet, a. a. O., Bd. 2, Nr. 879, 880, 881; vergl. auch Bd. 2, Nr. 146.

2) Die nähere Ausführung dieses ganzen Satzes bleibt einer besondern Abhandlung vorbehalten.

gibt ihm, wenn er auch Bürgen, sogar wenn er auch Pfänder erhielt, in keiner Weise einen Anspruch über dasjenige hinaus, über welches ein Haussohn vollständig selbstständig verfügen durfte.

Der feinere Unterschied zwischen Klagbarkeit und Nichtklagbarkeit einer Forderung, zwischen rechtlich bestehendem und rechtlich durchführbarem Anspruch, welchen das Römische Recht macht, bleibt ihm völlig fremd. Ist einmal ein Rechtsgeschäft ein solches, welches das Verbot oder wenigstens das zulässige Maß des Darlehns überschreitet, und der Jugend Gelegenheit zur Ausschweifung gibt, so muß auch dasselbe alle Rechtswirkung verlieren. Der Darleiher büßt einen jeglichen Anspruch auf Befriedigung der aus solchen Rechtsgeschäften entstandenen Forderungen ein, weder der Hauptschuldner, noch der gegebene Bürge, noch der Verpfänder bedürfen einer besondern Einrede, ihr Rechtsgeschäft entbehrt von vornherein jeglicher Wirkung [1]) zu Gunsten des Gläubigers. Ein solcher Vertrag wird einem Spielvertrag gleichgestellt, wo auch weder die Stellung von Pfändern noch von Bürgen dem Spieler, dem Bürgen, dem Pfandsteller die Verpflichtung auferlegen kann, das auf Borg, auf Pfand über das gesetzliche Maß Verspielte dem Mitspieler zu leisten [2]). Das Deutsche Recht befolgt bei der

---

1) Rößler, Prager Statutenbuch, Art. 21: „Item dar uber, wer der were, der denselben ungeraten jungen, er sei cristen ader jude, ichtesicht borget, der sol das durchslechtes vorlorn haben, und sol dar um nimer me monen ... wer des selben ungeraten jungen purgel wirt, den sol man vahen und sezen ze dem selb shol in die venknusse in den turm, das er dar inne als lank size als der selb shol sizen schol.“ Gengler, Stadtr., Landshut, Rechtsbrief v. 1279, §. 18: „Nullus fidejubebit filio vel servo civis, nisi quantum secum in parata pecunia habuerit vel extra cingulum tenuerit in vestitu. Hoc adjecto, quod contra filium civis omnis actio, secundum quod legis Macedoniani tradit sanctio, in posterum evanescit.“ Schreiber, Urkundenbuch der Stadt Freiburg, Bd. 1, Neue Verfassungsurkunde von 1293, 129, ferner auch S. 11. Der neueste Preuß. Gesetzentwurf über Creditiren an Minderjährige stimmt mit diesem Recht überein.

2) Heumann, Bairisches Recht, S. 126, Tit. 21: „Wer mit dem andern spilt oder der sein werer ist oder pörg wirt, dann so vil als er pey im verpfenten mag, das man mag getreiben und getragen, das sol

Bürgschaft für solche Rechtsgeschäfte den Grundsatz, daß die verbürgten Rechtsgeschäfte vorzugsweise zugleich öffentlicher Natur sind, vorzugsweise zugleich das öffentliche Interesse berühren. Das Römische Recht bewahrt wo möglich die Obligationen innerhalb der Sphäre der ursprünglichen Contrahenten, und überläßt bei Privatgeschäften den Privaten fast immer die Macht, den Rechtsgeschäften durch verschiedene Mittel Verstärkung und Sicherheit zu gewähren. Das Römische Recht wird von dem Grundsatz geleitet, daß das einzelne, selbstständige Rechtssubject innerhalb seiner privatrechtlichen Sphäre wo möglich absolut und einheitlich über die ihm zustehenden Rechte herrschen soll. Wie genau und scharf die Grenze des öffentlichen Rechts von dem des Privatrechts geschieden ist, so sollen auch die der einzelnen Privatrechte selbst streng von einander geschieden sein. Keins soll in die Grenze des andern gleichsam hineinragen. Eine nothwendige Rücksicht auf die rechtlichen Interessen Anderer findet daher gewöhnlich nicht statt bei der Anwendung der dem Einzelnen zustehenden Rechte, weil die Uebrigen an dem Recht des Andern nicht betheiligt sind. Diesem engen, egoistischen, strengen Privatcharakter der einzelnen Privatrechte entspricht es denn auch, daß es zu ihrem vollgültigen Bestand vollständig genügt, wenn nur der Verpflichtete selbst seinen Verpflichtungen in gehöriger Weise nachkommt. Die Verhältnisse dritter Personen oder des öffentlichen Interesses brauchen hier gewöhnlich nicht berücksichtigt zu werden.

Von ganz andern Grundsätzen wird dagegen das Deutsche Recht beherrscht. Dasselbe beruht ursprünglich auf dem Grundbesitz, und der Blutsverwandtschaft, beides Verhältnisse, die ihrer Natur nach zu gleicher Zeit eine große Anzahl Gleichbetheiligter zulassen. Da die physische Blutsverwandtschaft nicht, wie im Römischen Recht die abstracte juristische Macht eines pater familias, die einzelnen Blutsverwandten rechtlich mit einander verbindet, da der Einzelne nach dem Recht seiner Abstammung beurtheilt wird, so kann

---

unchedlich sein.“ Sächs. Weichb., Art. 101. Walch, a. a. O., Bd. 4. Augsburgische Statuten, S. 394, 395. Heimbach, Ueber die Formlosigkeit der Verträge, in d. Z. f. Civilr. u. Proceß, herausgeg. v. Linde u. Marezoll, Bd. 13, Heft 1, S. 106. Gaupp, Das Magdeburger u. Hallische Recht, S. 239, Art. 51.

er auch nicht vollkommen und absolut die ihm zustehenden Rechte ausüben oder beliebig Verpflichtungen sich unterwerfen. Denn da sein Blut auch in den Adern Anderer, zunächst in denen seiner Familie fließt, sein Blut aber über seine rechtliche Persönlichkeit entscheidet, so stehen seine Rechte, seine Verbindlichkeiten sehr häufig in engster Beziehung zu denen Anderer. Der Einzelne hat daher bei seinen rechtlichen Handlungen zugleich seine vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen Familienmitglieder zu berücksichtigen, sobald er seine Stellung als Verbindungs- und Erhaltungsmittel der Vergangenheit seines Geschlechts mit der Zukunft desselben wahren will. Wenn nun auch der Einfluß der Abstammung und des Grundbesitzes vieles von seiner Bedeutung im Lauf der Zeit verliert, so gilt doch der Einzelne selbst bei vielen privatrechtlichen Verhältnissen und Handlungen keineswegs als ein nur für sich bestehendes Rechtssubject. Das Deutsche Recht entzieht daher die Rechtsgeschäfte häufig dem engen Kreis der ursprünglichen Contrahenten, und erklärt dieselben aus Gründen des öffentlichen Wohls oder aus Rücksicht auf die Interessen dritter Personen für unwirksam, mögen auch die Parteien ihren Willen, das Geschäft aufrecht zu erhalten, noch so ernstlich an den Tag legen.

Diese Eigenthümlichkeit des Deutschen und Römischen Rechts beweist den Hauptunterschied der gesammten Römischen und Deutschen Rechtsanschauung und Rechtsbildung. In der Natur des Römischen Privatrechtes, namentlich in der der Römischen Obligationen, ist wegen seines egoistischen, sich eng an die juristische Persönlichkeit der ursprünglichen Parteien, der ursprünglichen Contrahenten anschließenden Charakters das eifrige Streben enthalten, die Rechtsverhältnisse auf die ursprünglichen Parteien zu beschränken, dieselben in den ursprünglichen Grenzen ihrer Entstehung eingeschlossen zu halten. Wenn daher zu einem Rechtsgeschäft eine Bürgschaft hinzutritt, so erfolgt diese nur wegen der ursprünglichen Contrahenten. Gegen die Angriffe, welche von ihnen aus gegen das Geschäft ausgehen könnten, will man dasselbe sichern, nur um unter ihnen über dessen rechtliche Wirksamkeit keinen Streit, keinen Zweifel entstehen zu lassen, zieht man zu demselben noch Bürgen. Denn ist einmal das Rechtsgeschäft zwischen den Contrahenten fest und gültig abge-

schlossen, so gilt dasselbe mit höchst seltenen Ausnahmen auch als wirksam für die übrigen gesammten Privaten. — Nach dem umfassenden Charakter des ältern Deutschen Privatrechts dagegen gehen die einzelnen Rechtsgeschäfte weit über den Kreis der ursprünglichen Contrahenten hinaus, berühren häufig eine reiche Anzahl von Personen, welche bei deren ursprünglichem Abschluß nicht hinzugezogen sind [1]). Da diese auf die Rechtsgeschäfte einwirken, dieselben vernichten können, so ist gerade hier die Bürgschaft nöthig, um sie gegen die Angriffe dieser dritten Personen zu sichern. Denn wenn auch die ursprünglichen Parteien sehr viel Freiheit haben, sich selbst das Recht zu bestimmen [2]), so braucht doch oft eine große Anzahl von Personen die für die ursprünglichen Parteien gültigen Rechtsgeschäfte nicht anzuerkennen. Die Bürgschaft im Deutschen Recht dient daher häufig dazu, um das Rechtsgeschäft gegen Angriffe von Außen zu sichern [3]), während sie im Römischen Recht dasselbe gegen Angriffe, die gleichsam von Innen, von dem Contrahenten selbst erfolgen, wahren soll. Solche Rechtsgeschäfte des Deutschen Rechts sind gleichsam Deutschrechtliche Naturalobligationen, weil sie nur den Contrahenten selbst, nicht Dritten gegenüber volle Geltung haben. Im Deutschen Recht gehen oft die Rechtsgeschäfte über den Kreis der ursprünglichen Contrahenten gleichsam in die Breite nach Außen, während sie im Römischen Recht eng in den Kreis der ursprünglichen Parteien eingeschlossen bleiben.

Während der zunehmende Einfluß des Römischen Rechts diese Bedeutung der Bürgschaft im ältern Deutschen Recht sehr vermindert hat, wird dieselbe beim Darlehn und Spiel bald mehr

---

1) Zu solchen Rechtsgeschäften gehören z. B. fast alle Verträge über den Grundbesitz wie über Erbgüter, Lehngüter, Hofgüter, Fideicommißgüter, über die Abfindung eines Verletzten durch Vergleich.

2) Vergl. z. B. Sächs. Weichb., Art. 24: „Gelübd und Willkühr bricht allerhand Recht, da man es gezeugen mag.“

3) Ungemein zahlreich wird z. B. die Bürgschaft bei Veräußerungen von Grundstücken erwähnt, fast bei einer jeden Verkaufsurkunde kommt sie im ältern Recht vor. Ebenso zahlreich ist sie bei Aufnahme von Gelddarlehen.

vom privatrechtlichen, bald mehr vom allgemeinen, gleichsam polizeirechtlichen Standpunkt aus beurtheilt, obgleich das ältere Deutsche Recht die Bürgschaft bei beiden Verträgen gleich beurtheilt hatte. Bei dem an einen Haussohn gegebenen Darlehn haben die meisten neuern Rechte unter dem Einfluß des Römischen Rechts die Bürgschaft als gültig zugelassen [1]), während sie dieselbe beim Spiel für ganz unwirksam erklären [2]). Sie berücksichtigen meistens hier fast nur das Römische Recht, während diese Unwirksamkeit auf dem Deutschrechtlichen allgemeinen nicht nur beim Spiel geltenden Grundsatz beruht, daß da, wo einmal wegen Gefahr von Geldverschwendung die Forderung nicht klagbar ist, auch in keiner Weise eine Naturalobligation übrig bleibt, eine Bürgschaft, eine Pfandbestellung zulässig ist.

§. 3.

Die Formen und der Begriff der Bürgschaft im engern Sinne.

Die Errichtung der Bürgschaft erfolgt in zwei verschiedenen Handlungen. Die eine enthält die Stellung, die Setzung des Bürgen von Seiten des Bürgenstellers, die andere das Versprechen des Bürgen, mit welchem er die Bürgschaft übernimmt. Diese beiden Handlungen erfolgen von zwei verschiedenen Perso-

---

1) Vergl. z. B. Code civil, §. 2012. Curtius, Sächs. R., §. 1590. Dagegen ist das Preuß. Landrecht. Dasselbe schließt sich an das ältere Deutsche Recht und bestraft sogar diejenigen, welche an Soldaten, Minderjährige, Unteroffiziere, gerichtlich erklärte Verschwender ein Darlehn geben, Landr., II, 20, §. 1310. Bornemann, Preuß. Civilr., III, S. 279—80. Ebenso ist ungültig die Bürgschaft für unerlaubte Studentenschulden, Preuß. Landr., II, 12, §. 104—106. Nach dem Stadtr. v. Böhmen u. Mähren, S. 379, soll die Bürgschaft nicht gehen gegen die Ehre, gute Sitten oder wider das Vermögen. Vergl. über die Ungültigkeit der Bürgschaft für die Schuld eines Verschwenders auch Overbeck, Medit., IX, 213. D'Argentre, Commentar. in patrias Briton. leges, p. 1811 c. e.

2) Oestr. Gesetzb., §. 1351. Curtius, a. a. O., §. 1590. Seuffert, Archiv f. d. Entscheid. d. oberst. Gerichtshöfe, Bd. 9, Nr. 289; Bd. 1, Nr. 345. Preuß. Landr. I, 11, §. 577. Wilda, Z. f. D. R., II, 2, S. 182.

nen, von denen die eine, welche den Bürgen stellt, nur activ verfährt, dagegen die andere, welche sich als Bürgen stellen läßt und als Bürge zu leisten verspricht, zugleich passiv und activ ist. Diese doppelte Natur des Bürgen zeigt sich zunächst in den Worten, welche sich auf die Errichtung der Bürgschaft beziehen. Die so häufig in den Quellen bei der Stellung von Pfändern oder Bürgen gleichmäßig gebrauchten Ausdrücke: stellen, setzen[1]) deuten auf eine gewisse Gleichstellung des Bürgen mit dem Pfand. Aus dieser gleichen Anwendung derselben Ausdrücke für Sache und Person folgt, daß die Stellung eines Bürgen ursprünglich in ganz gleicher Weise wie die Setzung eines beweglichen Pfandes vorgenommen wird. Man hat jedoch bei der Bürgenstellung nach ihrer Art und Weise folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Der ursprüngliche Schuldner gelobt zuerst für seine Person allein, ohne irgendwie die Person des Bürgen zu erwähnen, seine Verbindlichkeit erfüllen zu wollen. Nachdem er auf diese Weise ganz für sich allein bereits die Verbindlichkeit übernommen hat, erfolgt von ihm die Stellung des Bürgen in der Art, daß er den Bürgen allein gleichsam vor die betreffende Verbindlichkeit hinstellt, da die Stellung einer Sache als Pfand in der Art erfolgt, daß die Sache factisch der Hand des Gläubigers überliefert wird und der letztere sie an sich nimmt, so geschieht auch die Stellung des Bürgen in ähnlicher Weise. Der Bürgensteller überliefert den Bürgen scheinbar in die Gewalt des Bürgenempfängers, welcher den Ueberlieferten wie ein Object, das ihm die Stelle eines Pfandes ersetzen soll, ergreift[2]), oder wenig-

---

1) Vergl. z. B. Edict. Rot., c. 365–367, 370. Richthofen, Fries. Rechtsqu., Westerwold. Landr., c. XIV, §. 7; Frank. Markrecht, S. 478, §. 4, Z. 16–17. Böhme, a. a. O., Th. 6. Schöffenurtheile, S. 126. Auer, Münchener Stadtr., Art. 296: „der den anderen versezet ze purgen". Heumann, a. a. O., S. 133. Siehe auch Du Cange, Glossar., das Wort vadius und die mit ihm verwandten Worte.

2) Dieses bestätigen unter anderm auch die Immunitätsprivilegien, nach denen dem gewöhnlichen Richter untersagt wird, in dem privilegirten Gerichtssprengel fidejussores tollere. Marculfi Form., I, f. 3, 4; app., f. 44. Erhard, Reg. hist. Westphal., Nr. 18, 19, 22, 25, 30, 32, 39, 77, 111. Günther, Cod. diplom. Rheno-Mos., Bd. 1, Nr. 26. Regesta Badensia. Nr. 8.

stens, was später durchgängig der Fall war, auf eine andere deutliche Weise dessen Stellung annimmt. Da nach den Worten der Bürgschaftsstellung, welche gewöhnlich lauten: „daß der N. N. als Bürge vor die Verpflichtung, vor den Schaden gestellt werde“, des Bürgen leibliche concrete Person gestellt wird, so wird auch das Rechtsverhältniß, vor welches der Bürge vorgestellt ist, als concret vorhanden fingirt. Der Bürge erscheint gleichsam wie ein Schildhalter, der zum Schutz des Verhältnisses hingestellt, dasselbe, wenn es in seinem Bestand gefährdet ist, mit seinem Schild decken soll. Das Vermögen des Bürgen, mit welchem der etwaige Verlust an der Forderung gedeckt werden soll, vertritt hier gleichsam den Schild des Schildhalters. Dieser gleichsam erste Act der Bürgschaftserrichtung versichert dem Gläubiger im Voraus für die Zukunft, daß nöthigenfalls der Bürge sammt seinem Vermögen sich zur Sicherung der Verpflichtung des Verbürgten der Gewalt des Bürgenempfängers unterwerfen wird. Der Bürge gibt dadurch zu erkennen, daß der Bürgenempfänger sich nöthigenfalls an seinem Vermögen, ja an seiner Person vergreifen dürfe. Wie der ursprüngliche Hauptverpflichtete, der sich aus Noth als Pfand in die Gewalt seines Gläubigers überliefert hat, auch noch immer für die Dauer seiner Verbindlichkeit als Pfand gilt, wenngleich sein Gegner ihn aus der persönlichen Haft freigelassen hat [1]), so auch ist das Vermögen des Bürgen, nöthigenfalls auch seine Person durch die einmal, wenn auch nur vorübergehende Handlung des Stellens, des Setzens eventuell gleichsam für ein Pfand des Bürgenempfängers erklärt worden. Der Bürge läßt bei dieser Handlung für einen Augenblick das im Voraus mit sich vornehmen, was später möglicherweise längere Zeit für sein Vermögen, für seine Person eintreten kann.

Diese Stellung des Bürgen begreift den einen Theil der Bürgschaftserrichtung, der andere Haupttheil dagegen bezieht sich auf das Verhalten des zum Bürgen Gegebenen nach diesem Act. Der Bürge wird nicht allein vom Bürgensteller dem Bürgenempfänger verpflichtet, sondern er verpflichtet sich zugleich auch selbst kraft eigener freiwilliger Erklärung, eine Erklärung, die nach den Worten adramiator, fidejussor, Gelübde, ursprüng-

1) Sächs. Landr., III, 39, 2.

lich in feierlicher, symbolischer Weise erfolgte [1]). Nicht allein das Bürgensetzen des Bürgenstellers, sondern auch die ernstlich ausgesprochene Willenserklärung des Bürgen gehört zum vollen Begriff der Bürgschaft. Während bei dem ersten Act der Bürgensteller als Auctor der Schuld zu deren eventueller Deckung den Bürgen vorstellt, so spricht bei dem letztern der Bürge dasjenige noch besonders aus, was der Bürgensteller durch das Stellen des Bürgen bereits angedeutet hat. In dieser Erklärung pflegt der Bürge zu versprechen, dasjenige vollständig zu leisten, was der Bürgensteller zu leisten hat.

Trotz dieser Erklärung des Bürgen sind Bürge und Verbürgter nicht wie im Römischen Recht Correalverpflichtete. Denn mag man nun bei der Correalobligation annehmen, daß mehrere Personen zugleich Subjecte einer und derselben Obligation sind, oder daß mehrere Personen mehrere Obligationen gleichmäßig übernehmen, so paßt weder der eine noch der andere Begriff auf die ältere Deutsche Bürgschaft. Denn die Verbindlichkeit des Bürgen, welcher vor das Rechtsgeschäft gestellt wird für den Fall, daß der Gläubiger nicht gehörig vom Hauptschuldner befriedigt wird, ist dadurch nur eine eventuelle, vom zukünftigen Benehmen des Hauptschuldners abhängige und bedingte. Denn obgleich der Bürge von dem Hauptschuldner vor das betreffende Rechtsverhältniß gestellt wird, so ist damit aber nicht gesagt, daß er dem Hauptschuldner in Bezug auf die Verbindlichkeit gleichstehe oder gar vorgehen müsse. Da erst nachdem der Hauptschuldner für sich allein die Verbindlichkeit übernommen hat, der Bürge die Bürgschaft allein für sich übernimmt, so steht er auch in Bezug auf die Verpflichtung zu leisten dem Hauptschuldner nach. Seine Leistungsverbindlichkeit ist keineswegs wie die des Verbürgten von vornherein unbedingt und unabhängig, sondern ihre Leistung hängt ab von dem Benehmen, ja von den Behauptungen des Hauptschuldners. Leistet letzterer wenig, so muß der Bürge das Fehlende ergänzen, leistet der Haupt-

---

1) Häberlin, Systemat. Bearbeitung der in Meichelbeck's Hist. Frising. enthaltenen Urkundensammlung, S. 160, Hist. Fris., I, 2, Nr. 386; vergl. auch Zoepfl, Ueber die Wörter wadium, wadia, wadiare, in den Heidelb. Jahrb., Jahrg. 49, S. 364—367, 496, 497.

schuldner Nichts, so hat er Alles zu leisten. Das nachfolgende Versprechen der bereits zum Bürgen hingegebenen Person, enthält nur eine wörtliche Bestätigung der Andeutung, die der Bürgensteller dadurch gab, daß er die ganze Person des Bürgen gleichsam vor das betreffende Rechtsverhältniß zu dessen eventueller, vollständiger Deckung hinstellte. Während daher im Römischen Recht der Bürge dem Umfang nach ganz so wie der Hauptschuldner allein deswegen haftet, weil er in solennen formellen Worten ganz dasselbe, was der Hauptschuldner schuldete, zu leisten verspricht, so wird im ältern Deutschen Recht zunächst bereits vom Hauptschuldner äußerlich durch sein Bürgenstellen, nach der bereits von ihm alleiu übernommenen Verbindlichkeit, nur eine eventuelle Gleichheit der Verpflichtung des Bürgen mit der seinigen angedeutet.

Trotz dieser Gründe für eine wenn auch nur eventuelle Gleichheit der Haftungsverbindlichkeit des Bürgen mit der des Verbürgten, ist doch diese völlige Gleichheit kein absolutes, zur Bürgschaft nothwendiges Erforderniß, dessen Mangel den Begriff der Bürgschaft vernichtete. Denn wenn auch im Deutschen Recht wie im Römischen sich die Bürgschaft im engern Sinne dadurch charakterisirt, daß eine dritte unbetheiligte Person zur Sicherheit des bereits bestehenden Rechtsverhältnisses hinzugezogen wird, so theilt sie doch mit dem Begriff der Bürgschaft im weitern Sinne die Eigenschaft, daß sie, ohne den Begriff von Bürgschaft aufzuheben, nicht vollständig den Inhalt des Rechtsverhältnisses zu verbürgen braucht. Die Parteien haben vollständige Freiheit die Art und Weise zu bestimmen, in welcher der Bürge das Hauptgeschäft sichern soll. Der Begriff von Bürgschaft im engern Sinne bleibt bestehen, ohne Unterschied, ob der Bürge gerade so viel oder weniger als der Hauptschuldner zu leisten verspricht. Er bleibt Bürge, wenn auch sein Versprechen bedingt lautet, während das des Hauptschuldners unbedingt ist. Wie ein Pfand zur Sicherheit der Hauptschuld unter Bestimmungen gegeben werden kann, welche von denen der Hauptschuld vollständig abweichen, so sind auch solche beim Bürgen, dem Stellvertreter des Pfandes, statthaft.

Wegen dieser gleichmäßigen Anwendung des Ausdrucks Bürgschaft auf Rechtsgeschäfte, in welchen einen dritte an einem

Rechtsverhältniß ursprünglich unbetheiligte Person dasselbe verbürgt, folgt auch, daß das Deutsche Recht den Ausdruck Bürgschaft gebraucht, ohne Unterschied, ob nach Römischen Begriffen eine echte fidejussio oder nur ein constitutum debiti alieni vorliegt. Viele Schriftsteller, welche ebenfalls keinen Unterschied zwischen fidejussio und constitutum debiti alieni für das neuere Recht annehmen [1]), berufen sich zwar darauf, daß nach Deutscher Gewohnheit seit dem 16. Jahrhundert die strenge Form der fidejussio hinweggefallen sei, mithin letztere ihrem Wesen nach mit dem constitutum debiti alieni zusammenfalle. Aber sie haben keine klare Vorstellung von der ursprünglichen Bildung dieser Gewohnheit. Sie wissen weder die Form, in welcher vor Aufnahme des Römischen Rechts die Bürgenstellung erfolgte, noch die Anwendung des Ausdrucks Bürgschaft auf die verschiedenartigsten Fälle von Sicherheit. Wie das Deutsche Recht vor Aufnahme des Römischen Rechts keine besondern Ausdrücke besaß, zur Unterscheidung der Sicherheit, wo der Römer von einer fidejussio sprechen würde, von der, wo der Römer ein constitutum debiti alieni angenommen hätte, so auch hat dasselbe nach Aufnahme des Römischen Rechts keine besondern Bezeichnungen für diese verschiedenen Sicherheiten angenommen. Die Sicherheiten können ihrem Inhalt nach sehr verschieden sein, aber sie können alle mit einem und demselben Namen Bürgschaft bezeichnet werden. Fand doch selbst dieser Ausdruck im ältern Deutschen Recht auf solche Fälle Anwendung, wo Jemand nicht einen unbetheiligten Dritten zum Rechtsgeschäft hinzuzog, sondern sich selbst durch eigene Sachen oder Worte versicherte [2]). Nur soviel läßt sich annehmen, daß dann, wenn Jemand für einen Dritten sich verbürgt, die natürliche Vermuthung dafür streitet, daß der Bürge ganz dasselbe zu leisten verspricht, was der Verbürgte zu leisten hat. Diese Vermuthung beruht nicht auf Anwendung der römischen fidejussio, sondern auf der Form, in welcher im ältern Deutschen Recht die Bürgenstellung von Seiten des Schuldners vor das zu verbürgende Geschäft erfolgte.

---

1) Vergl. über die verschiedenen Ansichten, Girtanner, a. a. O., S. 181—196, 373—381.

2) Vergl. §. 1.

Will daher der Bürge behaupten, daß zu seinen Gunsten die Bürgschaft anders lautet, als wie die Hauptschuld, so muß er solches beweisen, während der Bürgenempfänger, sobald nach seiner Behauptung zu seinen Gunsten die Bürgschaft von der Hauptverbindlichkeit abweicht, den Beweis dieser Angabe zu liefern hat.

Die oben erörterte Bürgschaft läßt sich als die echte Bürgschaft im engern Sinne bezeichnen, sie ist es, welche man gewöhnlich anzunehmen hat, wenn in den Quellen des ältern Deutschen Rechts der Ausdruck Bürgschaft gebraucht wird, sowie denn auch in dieser Abhandlung sie gewöhnlich bei dem Namen Bürgschaft zu verstehen ist.

Da allmälig im Laufe der Zeit diese Erklärung des Bürgen die Hauptsache bei Errichtung der Bürgschaft ausmacht, so genügt nicht mehr, wie solches wol in den ältesten Zeiten üblich war, eine einfache Uebernahme der Schuld von Seiten des Bürgen, sondern der letztere muß auch genau wissen, wie hoch sich die Schuld beläuft [1]), welche er als Bürge zu übernehmen bereit ist, wegen welcher Verbrechen derjenige angeklagt ist, dessen Erscheinen vor Gericht er verbürgte. Der Bürge wird allmälig gerade wie der ursprüngliche Verklagte behandelt, welchem auch der Kläger auf Verlangen den Grund seiner Forderung näher angeben mußte [2]).

Wie die Verpfändung einer beweglichen Sache in Gegenwart des Verpfänders, des Pfandempfängers und der Pfandsache zu geschehen pflegt, so auch erfolgt die Bürgschaftserrichtung ursprünglich in Gegenwart des Bürgenstellers, des Bürgenempfängers und des Bürgen, der gleichsam als Stellvertreter der Pfandsache gegeben wird. Diese Form ist nach der Anzahl der Personen gleich der

---

1) Vergl. z. B. Richtsteig d. Landr., Buch 1, c. 10. Kulm. R., III, 59. Hamburg. Stadtr. v. 1270, IX, 8: „eyn jewelik man umbeseten mit erve schal borgen setten vor schult, de men eme gift, unde de schult schal men deme borgen nomen“; Stadtr. v. 1292, M. VII; v. 1497, C. X. Vergl. auch Paul. Parisii Consil., lib. IV, cons. 162, No. 24—26, nach welchem die vom Notar aufgenommene Bürgschaft ungültig ist, wenn sie blos lautet: „N. N. verbürgt sich“. Landr. v. Ober- u. Niederbaiern, Tit. XIV, Art. 5.

2) Sächs. Landr., III, 41, 4. Rechtsb. d. Dist., III, 10, 1. Sächs. Weichb., Art. 34, 101.

der altrömischen sponsio und fideipromissio, welche ebenfalls in Gegenwart des Hauptschuldners, des Bürgenempfängers und des Bürgen stattfanden [1]). Dagegen fehlt im Römischen Recht das formelle, äußerliche Geben, Setzen des Bürgen. Ihm ist bei seiner scharfen Unterscheidung zwischen dem Begriff eines freien Rechtssubjects und zwischen dem eines unfreien Rechtsobjects der Gedanke fremd, daß der Bürge, eine selbstständige Rechtspersönlichkeit, sich gleichsam wie eine Sache stellen läßt. Im Römischen Recht entsteht die Bürgschaft nur durch die freie ausdrückliche Erklärung des Bürgen, der ein Auftrag von Seiten des Verbürgten vorherzugehen pflegt. Da im Deutschen Recht die Bürgschaftserrichtung damit beginnt, daß der Bürgensteller den Bürgen stellt, so folgt aus dieser eigenthümlichen Form, daß die Bürgschaft hier nicht wie im Römischen Recht ein Geschäft ist, das zunächst nur zwischen dem Bürgen und Bürgenempfänger abgeschlossen wird. Dieses vom Römischen Recht abweichende Verhältniß des Bürgenstellers zum Bürgen bei dem ersten Theil der Bürgschaftserrichtung dient mit dazu, wie sich im Lauf der Untersuchung noch näher ergeben wird, die Grundsätze über das gegenseitige Verhältniß des Bürgen, des Bürgenempfängers, des Bürgenstellers bei der Einrede der Vorausklage, bei der Frage über den Umfang der Haftungsverbindlichkeit und bei sonstigen Streitfragen im Deutschen Recht näher zu erklären [2]).

§. 4.

Fortsetzung.

2) Eine andere Form der Bürgschaft ist die, wo der Hauptschuldner, mag er auch bereits für sich allein die Verbindlichkeit übernommen haben, einen Dritten, an dem Geschäft ursprünglich

---

1) Girtanner, a. a. O., S. 7.

2) Stobbe, welcher a. a. O., S. 120 von der Bürgschaft sagt: „sie entsteht durch die Erklärung, für einen Andern Bürge sein zu wollen“, hat diesen ersten Theil der Bürgschaftserrichtung ganz übersehen. Dasselbe gilt von Müller in d. Zeitschr. f. Deutsch. Recht, Bd. 1, S. 324, wenn er sagt: „Die Bürgschaft ist zunächst ein Geschäft, das zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen geschlossen wird, ohne daß man Rücksicht zu nehmen braucht auf den Hauptschuldner.“

Unbetheiligten, nicht allein, abgesondert und getrennt vom Hauptschuldner und ihm nachstehend gleichsam vor die Hauptschuld, sondern neben sich, zu sich gleichsam in die Hauptschuld als Bürgen stellt [1]) und beide neben einander die Verbindlichkeit übernehmen. Hauptschuldner und Bürge stehen hier neben einander in gleicher Linie, keiner ist vor dem andern. Da hier der Dritte nicht für sich allein vor die Hauptschuld gestellt wird, sondern neben dem Hauptschuldner steht, und neben ihm die Verbindlichkeit übernimmt, so fehlt hier das alleinige Hingeben des Bürgen von Seiten des Bürgenstellers, das alleinige Nehmen von Seiten des Bürgenempfängers, beides Acte, durch welche sonst bei der echten Bürgschaft bezeichnet wird, daß der Bürgensteller als ursprünglich alleiniger Schuldner einen Dritten nur als Bürgen, nur als eventuellen Schuldner hingibt, der Bürgenempfänger diesen letztern nur als solchen annimmt, der Bürge selbst nur als solcher gelten will. Durch diese factische Gleichstellung des Bürgen mit dem Hauptschuldner wird auch ihr ganzes rechtliches Verhältniß ein anderes, dessen Beschaffenheit sich richtet nach der Form, in welcher diese Gleichstellung erfolgt. Die Verschiedenheit der factischen Gleichstellung führt auch zu einer Verschiedenheit der rechtlichen Gleichstellung. Stehen nämlich der wahre Schuldner und der hinzugezogene Dritte zwar neben einander, übernimmt aber ein jeder für sich allein, ohne mit dem andern factisch vereinigt zu sein, mit seiner eigenen, von der Hand des andern abgesonderten Hand die Verbindlichkeit, so ist ein jeder von ihnen nur zur Hälfte der übernommenen Leistung verpflichtet. Beide sind dann nur Mitschuldner nicht Gesammtschuldner, beide gelten dem Gläubiger gegenüber als ganz von einander unabhängige Schuldner, von denen jeder ihm die Hälfte zu leisten hat als eine zu prästirende Hauptschuld [2]). Die Verpflichtung des Dritten ist keine eventuelle, von dem Verfahren des wahren Schuldners abhängige. Der Gläubiger wird daher bei einer solchen Wirkung der Gleichstellung diese nicht leicht zulassen, denn sie kann in vielen Fällen eine Schwä-

---

1) Rauch, Wiener Stadtr. v. 1435, S. 150: „setzt ain man ain purgel zu sich u. libent bait zu einander". Bamberger Stadtr., Art. 232. Walch, a. a. O., Bd. 4. Augsburger Statut., S. 386.

2) Ueber die nähere Ausführung vergl. §. 11.

chung statt einer Verstärkung der ursprünglichen Forderung enthalten. Denn während der wahre Schuldner, wenn er den Dritten nicht neben sich als angeblichen Bürgen gestellt hätte, für das Ganze haften würde, so haftet er ihm jetzt nur für die Hälfte der Schuld. Der Gläubiger wird daher sehr selten eine solche Verbürgung annehmen. Allerdings ist es möglich, daß durch solche Hinzuziehung eines Dritten eine Bürgschaft, d. h. eine größere Sicherheit für die ursprüngliche Forderung begründet werden kann. Nämlich in dem Fall, wo der Gläubiger glaubt, daß der wahre Schuldner nur die eine Hälfte der Schuld zu zahlen im Stande sein wird. Hier versichert dann der Dritte die Bezahlung der andern Hälfte. Das Einzige, welches eine solche Mitschuld nur als Bürgschaft für den wahren Schuldner charakterisirt, ist Das, daß der Mitschuldner Ersatz seiner Leistung vom wahren Schuldner verlangen kann.

Ganz anders verhält es sich mit der Sicherheit des Gläubigers, wenn von den verschiedenen neben einander stehenden Personen nicht ein jeder für sich allein die Verbindlichkeit übernimmt, sondern sie zusammen mit vereinigter gesammter Hand [1]) die Verbindlichkeit übernehmen. Hier gelten sie als unverscheidenliche, unverschiedene Gesammtschuldner. Gemäß dem etymologischen Sinn des Worts Gesammthand verpflichten sie sich zusammen mit ihren Händen zugleich. Wie bei einer Auflassung oder Tradition zur gesammten Hand die mehreren Empfänger beziehungsweise Tradenten dasselbe Symbol oder dieselbe Sache anfassen, so übernehmen auch hier die mehreren Contrahenten die Schuld in der Art gemeinschaftlich, daß sie entweder zusammen auf denjenigen Gegenstand die Hände legen, mit oder bei dem das Versprechen erfolgt, oder daß sie blos ihre Hände zusammenfassen und einer von ihnen allein die Leistung verspricht, oder sie alle zusammen die Leistung angeloben.

Die formelle Einheit des Actes, in welchem die mehreren Personen gemeinschaftlich die Verbindlichkeit übernehmen, führt auch zu einer Einheit der Personen. Sie bilden nur eine Per-

---

1) Wippermann, Urkundenbuch des Stifts Obernkirchen, S. 152, 154, 173, 185, 195, 197, 281. Außerdem vergl. darüber die bei der Gesammtbürgschaft angegebenen Stellen; ferner Walch, a. a. O., Bd. 4. Augsburger Statut. v. 1276, S. 389: „wo Bürgen gesetzt werden mit dem Selbstschollen unverscheidenlich".

son mit einem Willen. Wie sie ihre verschiedenen Hände zu einer einzigen verbunden haben, so ist auch ihr rechtlicher Wille ein und derselbe, ein einheitlicher [1]). Die äußere leibliche gemeinsame Einigung der Personen ist das äußere Kennzeichen und die sichtbare Wirkung einer einstimmigen, zu ein und demselben Willen vereinigten Gesinnung. Die mehreren Individuen bilden jedoch weder eine moralische Person noch eine Societas. Denn nach Außen hin gilt jeder als leiblicher Träger des vereinigten einheitlichen Willens, während nach Innen hin ein jedes Mitglied für sich den andern gegenüber seiner Verpflichtung für die Gesammtverpflichtung zu entsprechen hat. Ein jeder von den Gesammtverpflichteten erklärt als ein an dem Gesammtact Betheiligter, daß er nach Außen hin dem Gläubiger gegenüber für das Ganze einsteht.

Die Verpflichtung dieser neben einander stehenden Personen hat mit der oben erwähnten in ihrer Wirkung Das gemeinsam, daß bei ihr, wie bei dieser, nicht der Begriff einer echten Bürgschaft im engern Sinne vorhanden ist. Denn auch bei ihr fehlt das charakteristische Merkmal einer echten Bürgschaft, daß die Verpflichtung des zum Geschäft als angeblichen Bürgen Hinzugezogenen nur eine eventuelle, vom Benehmen des wirklichen Schuldners abhängige ist. Der Bürgenempfänger kann von dem angeblichen Bürgen die Leistung fordern, ohne sich vorher an den Bürgensteller wenden zu müssen. Der Bürgenempfänger braucht wenigstens nicht zu dulden, daß wenn er vom Bürgen die Leistung fordert, dieser letztere die Erfüllung der Leistung dadurch verzögert, daß er das angebliche Bürgschaftsverhältniß vorschützt. Denn wenn auch der Bürge ursprünglich nicht an dem Rechtsverhältniß Theil nahm, was den Bürgensteller zum Verpflichteten machte, so hat doch der Bürge, welcher sich vom Bürgensteller neben denselben in gleicher Linie, in gleicher Stellung stellen läßt, und als ein mit ihm Gleichgestellter dieselbe Verbindlichkeit mit ihm zusammen übernimmt, dadurch das Recht verloren, nach Außen hin dem Gläubiger gegenüber sich auf seine ursprüng-

---

1) Wippermann, Urkundenbuch des Stifts Obernkirchen, Nr. 182, S. 94, 95: „Nos L. de Mandeslo.. Hartbertus, Hermanus... protestando quod nos unanimi consensu... vendidimus.... unanimi manu promisimus.. et in solidum promittimus“.

liche Unbetheiligung an der ursprünglichen Schuld zu berufen. Während aber bei der Mitverpflichtung des angeblichen Bürgen der Gläubiger nur die Hälfte der ursprünglichen ganzen Schuld von ihm fordern kann, darf er bei der Gesammtverpflichtung sofort von ihm das Ganze verlangen. Da dadurch seine Forderung sehr gesichert ist, so wird allerdings auch hier auf diese sichernde Person der Ausdruck Bürge angewandt, da Bürgschaft im allgemeinern Sinne soviel bedeutet wie Sicherheit. Und zwar ist diese Art von Bürgschaft noch sicherer, als wie die, welche stattfindet bei der echten Bürgschaft im engern Sinne. Die Mitverpflichtung des angeblichen Bürgen pflegt weniger Sicherheit zu geben als die echte Bürgschaft. Denn erstere geht nur auf einen Theil der Verpflichtung, während letztere sich aufs Ganze erstreckt, die Gesammtverpflichtung des angeblichen Bürgen dagegen gewährt noch größere Sicherheit als wie die Verpflichtung des echten Bürgen. Denn erstere geht wie letztere auf die ganze Verpflichtung, ohne wie diese eventuell und bedingt zu sein vom Verfahren des Verbürgten. Dagegen haben Das beide Arten der Mitverpflichtung und Gesammtverpflichtung mit einander gemeinsam, daß während dem Gläubiger gegenüber sie als Mit- oder Gesammtverpflichtete mit dem wahren Schuldner gelten, sie dem wahren Schuldner gegenüber die Stellen von Bürgen vertreten, und daher Ersatz ihrer an den Gläubiger prästirten Leistung verlangen können.

Die Verpflichtung des Gesammtverpflichteten, das Ganze an den Gläubiger zu leisten ist freilich im Laufe der Zeit dadurch verändert worden, daß man eine bei der Uebernahme der Gesammtverbindlichkeit bestehende factische Verbindung mit den andern Gesammtverpflichteten immer mehr rechtlich berücksichtigte. Die mehreren Gesammtbürgen erschienen gleichsam wie eine Kette, von welcher ein Glied nicht angezogen werden kann, ohne daß nicht auch die übrigen Glieder mit angezogen werden. Es führte dieses zu einer gewissen Theilung der Verpflichtung, wie bei der Einrede der Theilung noch näher erörtert werden wird [1]).

3) Während bei der eben erwähnten Form der Bürgschaft der Bürge nicht für sich allein vom Hauptschuldner vor die Schuld, sondern neben sich gleichsam in die Schuld gestellt wird, kann die

---

1) Vergl. §. 11.

Bürgschaft auch in der Weise vorkommen, daß der Hauptschuldner den Bürgen weder neben sich noch vor sich hin, sondern auf seinen eigenen Platz für sich, für seine Person in die Schuld hineinstellt. Hier wird vollständig zwischen beiden der Platz gewechselt. Den Platz, welchen ursprünglich der Bürgensteller einnahm, nimmt der an seine Stelle tretende Bürge ein, während der erstere aus dem Kreis der Hauptschuld nicht allein gleichsam factisch, sondern auch rechtlich heraustritt [1]). In diesem Falle ist ebenfalls wie in dem vorhergehenden keine wirkliche echt Deutsche Bürgschaft im engern Sinne vorhanden, sondern wie äußerlich die Personen ihre Plätze vertauschen, so auch wechselt die Verbindlichkeit unter ihnen.

Auch hier reden die ältern Deutschrechtlichen Quellen [2]) noch von einer Bürgschaft, aber der wahre Begriff der echten Deutschen Bürgschaft im engern Sinne findet hier noch weniger Anwendung, als wie bei der Mit- oder Gesammtverpflichtung des angeblichen Bürgen. Der Ausdruck Bürgschaft ist hier nur dadurch gerechtfertigt, daß eine dritte Person zur Sicherheit des Rechtsverhältnisses hinzugezogen wird, aber nicht in der Art, daß dieselbe wie ein ordentlicher Bürge nur zur eventuellen Aushülfe und Beihülfe dem Rechtsverhältniß beigegeben wird, sondern daß sie allein dasselbe sichert. Während bei der Gesammtverpflichtung des angeblichen Bürgen derselbe doch dann wenigstens als echter Bürge, als nur eventueller Verpflichteter zu haften hat, sobald der Gläubiger von dem andern Gesammtverpflichteten das Ganze fordert, so ist hier jede nur eventuelle Haftungsverbindlichkeit des angeblichen Bürgen vollständig ausgeschlossen. Es findet hier nicht allein das umgekehrte Verhältniß von Dem statt, was bei der echten Bürgschaft stattzufinden pflegt, daß nämlich, während bei der echten Bürgschaft die Verpflichtung des Bürgen eine eventuelle ist, hier die Verpflichtung des angeblichen Bürgen eine sofor-

---

1) Wiener Stadtr., S. 150: „Sol ain man dem andern gelten und seczt im ain purgel u. nymt auch de willigklich fur vol, der hat zu hannt gewert, u. der purgel stet in der schuld. sprich man darumb den gelter an u. gicht man hab nicht purgel von im, das sol der gelter pringen dar der man den purgel williglich fur vol genomen hab u. sey ledig."

2) Vergl. Wiener Stadtr., S. 150.

tige, von dem Benehmen des ursprünglich Verpflichteten ganz unabhängige ist, sondern es wird überhaupt der ursprünglich Verpflichtete dem Gläubiger gegenüber von jeder Verpflichtung frei. Diese Art von Bürgschaft pflegt natürlich nur in denjenigen Fällen stattzufinden, wo die ursprüngliche Hauptschuld nicht erst noch vom Eintritt einer gewissen Zeit oder eines sonstigen Ereignisses abhängt, sondern wo sie sofort oder wenigstens alsbald zu erfüllen ist. Es fehlen hier also die Voraussetzungen, unter welchen sonst die echte Bürgschaft im engern Sinne stattzufinden pflegt.

Nach Stobbe soll hier eine Delegation eingetreten sein [1]). Einer wirklichen privativen Novation, welche nach Römischer Rechtsanschauung hier allerdings vorhanden ist, scheint jedoch die Form der Deutschen Bürgenstellung zu widerstreiten. Nach der wörtlichen Bedeutung von „Stellen" stellt der Hauptschuldner den Dritten in die Schuld, der Dritte steht, wie das Recht sagt [2]), in derselben. Die frühere Verbindlichkeit bleibt also nach wie vor bestehen, sie wechselt nur die Person des Schuldners, und gleichsam des Trägers der Schuld. Der in die Schuld eingestellte Bürge vertritt hier gleichsam eine Sache, einen Wechsel, ein Werthpapier, welches vom ursprünglichen Schuldner an Zahlungsstatt dem Gläubiger hingegeben, und von demselben für solche angenommen wird. Der Bürge wird vom Gläubiger als Zahlungsmittel, wie die Stelle sagt, für voll, d. h. sicher und vollgütig angenommen. Wie im Deutschen Recht die Papiere auf den Inhaber von einem Gläubiger auf den andern übergehen, ohne bei diesem Wechsel in den Personen der Gläubiger ihre ursprüngliche Natur zu ändern, wie bei ihnen eine Singularsuccession in die Forderung eintritt, so auch kann mit Bewilligung des Gläubigers die Verpflichtung zur Leistung von einer Person auf eine andere übergehen, ein neuer Schuldner ohne Veränderung der Schuld an die Stelle des alten treten. Die Verpflichtung wechselt nur ihren gleichsam passiven Träger, während sie selbst in ihrer ursprünglichen Beschaffenheit bestehen bleibt [3]).

1) Stobbe, a. a. O., S. 137, 138.

2) Wiener Stadtr., a. a. O.

3) Diese ganze Lehre ist freilich sehr bestritten. Für diese Ansicht sind: Beseler, Deutsches Privatr., §. 118. Bluntschli, Deutsch. Privatr., §. 111.

Diese Art von Bürgschaft hat viel Aehnlichkeit mit derjenigen, wo der Hauptschuldner, welcher leisten soll, entweder weil er verurtheilt ist, oder weil seine Schuld fällig ist, einen Dritten nicht in die Schuld als Zahler stellt, sondern zur Zahlung der für den Hauptschuldner noch nach wie vor fortbestehenden Schuld gibt. Denn auch hier fehlt, wie bei der eben erwähnten Art der Bürgschaft, das charakteristische Kennzeichen der echten Bürgschaft im engern Sinne, daß nämlich die Verpflichtung des Bürgen nur eine eventuelle, vom Benehmen des Hauptschuldners abhängige ist. Denn der letztere zeigt eben dadurch, daß er einen Bürgen in dem Augenblicke stellt, wo er bereits sofort oder alsbald wirklich zu leisten hat, daß der Bürge nicht erst noch abwarten soll, wie der Hauptschuldner in Bezug auf die Schuld verfahren wird. Diese Art von Bürgschaft unterscheidet sich aber von der eben erörterten dadurch, daß hier der Hauptschuldner, wenn ihm der Bürge nicht leistet, dem Gläubiger zu leisten hat. Das Verhältniß, was sonst bei der echten Bürgschaft stattfindet, ist hier umgekehrt. Denn hier ist es der Hauptschuldner, dessen reelle Leistungsverbindlichkeit an den Gläubiger eine eventuelle, von dem Benehmen des Bürgen abhängige ist, während bei der gewöhnlichen Bürgschaft die reelle Leistüngsverbindlichkeit des Bürgen durch das Verfahren des Hauptschuldners bedingt ist.

Das Recht des Schuldners mit Bewilligung des Gläubigers die ursprüngliche Schuld in der Art und Weise auf einen Dritten zu übertragen, daß er denselben in die Schuld gleichsam einstellt, der Eingestellte die Schuld als ihr neuer Träger und Inhaber übernimmt, während die Schuld selbst ihrem ursprünglichen Inhalte nach nach wie vor unverändert bestehen bleibt, ist ursprüngich die natürlichste und einfachste Form gewesen, in welcher an die Stelle des ursprünglichen Schuldners ein neuer treten kann, ohne daß die Schuld als eine neue und veränderte gilt. Nach dieser Form muß also äußerlich factisch der Dritte an den Platz des ursprünglichen Schuldners treten, damit auch juristisch die Verbindlichkeit unter ihnen wechselt, und der Dritte auch rechtlich als Nachfolger in die Schuld des von seinem Platz tretenden ursprünglichen Schuldners tritt. Eine solche Form entspricht dem Charakter des ältern Deutschen Rechts, die einzel-

nen rechtlichen Verhältnisse und ihre Veränderungen selbst beim Obligationsrecht durch concrete sichtbare äußerliche Handlungen zu versinnlichen, oder doch wenigstens durch significante Bezeichnungen auf ihren ursprünglichen Charakter hinzuweisen. Das ältere Deutsche Recht nähert sich hier in gewisser Weise dem ältern Römischen. Denn auch dieses verlangt ursprünglich zur Bestellung eines cognitor als Stellvertreter im Proceß, daß diese Bestellung in persönlicher Gegenwart des Gläubigers, des Schuldners und des Stellvertreters erfolgt.

Das Recht des Schuldners mit Bewilligung des Gläubigers einen Dritten an seine Stelle zu setzen, ohne daß die Schuld selbst als verändert gilt, ist keineswegs eine vereinzelte abnorme Erscheinung des ältern Deutschen Obligationsrechts zu Gunsten des Schuldners. Denn sie hängt innig zusammen mit dem ganzen Obligationenrecht und gibt uns den Schlüssel zum Aufschluß über die jetzt so häufig in der Theorie und Praxis behandelte Frage von der Entstehung und Natur der Papiere auf den Inhaber. Es läßt sich nämlich mit Recht annehmen, daß, wie der Schuldner an seinen Platz einen Dritten als Schuldner stellen kann, während die Schuld unverändert bestehen bleibt, so auch der ursprüngliche Gläubiger befugt ist, für seine Person einen Andern als Gläubiger zu setzen, ohne daß die Forderung selbst als geändert gilt. Es wird also auf diese Weise möglich, der bestehendbleibenden Forderung einen neuen Inhaber zu geben. Dieses Recht des Gläubigers hat jedoch bei der fortgeschrittenen Entwickelung des Deutschen Rechts sehr bald eine andere Form angenommen, eine Form, die innig zusammenhängt mit der ganzen Entwickelung der Beweislehre. Während nämlich ursprünglich der Gläubiger, der Schuldner, der einen Dritten an seine Stelle setzen will, in eigener physischer Person vor den Augen des Mitcontrahenten, den Dritten factisch an seinen Platz stellen muß, weil nach der ältesten Beweislehre der Auctor eines Rechtsverhältnisses nur in eigener concreter Person dasselbe beweisen und über dasselbe verfügen kann, so wird später unter dem Einfluß der Schriftlichkeit dieser Grundsatz verdrängt. Als nämlich im Deutschen Recht sich das rege Streben geltend macht, die einzelnen rechtlichen Handlungen und Verträge schriftlich aufzuzeichnen, so bildet sich vermittels der Schriftlichkeit für die alte Form, nach

welcher man in eigener Person handeln mußte, sobald man an seinen Platz einen Dritten als Gläubiger oder Schuldner stellen wollte, die neue Form der Schrift. Diese vermittelt weit einfacher und leichter als früher die Gelegenheit, eine solche Stellvertretung herbeizuführen. Anstatt nämlich daß der Gläubiger, der an seinen Platz einen Dritten stellen will, mit besonderer Genehmigung des Schuldners factisch den Dritten zu stellen hat, und der neue Gläubiger, sobald er auch dieses beabsichtigt, dasselbe Verfahren beobachten muß, pflegt sich der ursprüngliche Gläubiger in dem Schuldschein ein für allemal im Voraus versprechen zu lassen, daß der Schuldner an einen Jeden, der mit Bewilligung des Gläubigers, den Schuldschein in den Händen hat, die Schuld entrichten wird. Vermittels eines solchen Schuldscheins kann der ursprüngliche Gläubiger, ohne daß es einer besondern in jedem einzelnen Falle einzuholenden Genehmigung des Schuldners bedarf, ohne daß er in einem besondern Act die Stellvertretung concret zu veranschaulichen braucht, beliebig ohne Weiteres an seine Stelle einen Dritten einfach blos durch Ueberlieferung des Schuldscheins setzen. Es genügt zum Beweis der Vornahme der Stellvertretung das Innehaben der so ausgestellten Schuldurkunde, ihr Inhaber braucht nicht noch besonders die Person des Gläubigers vorzubringen, damit dieser als persönlicher Urheber der Uebertragung den Dritten als neuen Gläubiger dem Schuldner stellt. Während nun ursprünglich der Schuldschein lautete: „Der Schuldner verspricht die Schuld zu bezahlen an den mit Namen genannten Gläubiger oder an den, der mit dessen Einwilligung die Schuldurkunde inne hat [1])“, so wird diese Form sehr bald öfters dahin geändert, daß der Schuldschein lautet: „Der Schuldner wird bezahlen an den mit Namen genannten Gläubiger oder an den Inhaber“ [2]). Es wird nämlich präsumirt, daß derjenige, der den Schuldschein innehat, ihn mit Einwilligung des ursprünglichen Gläubigers besitzt. Daher verlangt man nicht, daß diese Einwilligung des ursprünglichen Gläubigers im Schuldschein noch besonders erwähnt ist.

---

1) Wippermann, a. a. O., S. 152, 162, 238, 270.

2) Wippermann, a. a. O., S. 215; vergl. auch Dunker, in der Zeitschr. f. D. R., herausgeg. v. Reyscher, Bd. 5, S. 30, 40.

Wie nun bei diesem Beweismittel der Uebertragung der Forderung nicht mehr, wie früher, die leibliche Person des ursprünglichen Gläubigers von Bedeutung ist, so auch gewöhnte man sich nicht mehr den Namen des ursprünglichen Gläubigers zu beachten. Der Schuldner stellte den Schuldschein so aus, daß er überhaupt versprach an den Inhaber der Urkunde zu leisten.

Während auf diese Weise vermittels der Schrift die leibliche Person des ursprünglichen Gläubigers vertreten und sein Recht, einen Dritten an seine Stelle zu setzen, erleichtert wird, so ist dagegen fast gar nicht eine solche Form der Schrift entstanden, vermittels welcher der ursprüngliche Schuldner im Voraus das Recht erhalten hätte, einen Dritten an seine Stelle zu setzen. Denn der Gläubiger wird sich wol nicht leicht zur Ausstellung einer solchen Urkunde verstehen, in welcher er gegen denjenigen als Schuldner zu verfahren verspricht, welcher sich als Schuldner vermöge der Schuldurkunde legitimirt. Der Gläubiger hätte ja dann dem ursprünglichen Schuldner die Macht eingeräumt, ihm durch Uebertragung des Schuldscheins an einen Zahlungsunfähigen die Befriedigung seiner Forderung zu entziehen. Der Gläubiger kann daher nicht leicht im Voraus seine Einwilligung zu einer solchen Uebertragung geben, sondern wird, wenn der Schuldner einen Stellvertreter zu stellen wünscht, erst um seine Einwilligung in jedem einzelnen Uebertragungsfalle angegangen werden müssen. Da eine solche Einwilligung nicht leicht stattfindet, so wird hier der Gläubiger nicht eine Stellvertretung, sondern eine echte Bürgschaft im engern Sinne vorziehen.

Da die Bürgschaft sehr häufig erfolgt wegen des Verzugs einer Leistung, wegen eines gerichtlich überlieferten Grundstücks, wegen des Erscheinens, wegen der Verurtheilung vor Gericht, so liegt es in der Natur dieser Fälle, daß die Bürgschaft entweder im Gericht selbst oder wenigstens vor dem Frohnboten vorgenommen wird. Manche Rechte verlangen überhaupt, daß sie vor Gericht geschieht oder wenigstens dann, wenn keine rechtserfahrenen Personen, wie Bürger oder Bauern sich verbürgen, damit sie vom Gericht über die gefährlichen Folgen der Bürgschaft belehrt werden [1]). Wie der Ort, an welchem die Bürgschaft er-

1) Nach dem Landbuch von Schwyz, herausgeg. v. Bluntschli, Th. 2

folgt, abwechselt, so ist auch die Anzahl der Bürgen in den einzelnen Fällen sehr verschieden. Sie beschränkt sich bald auf einen Bürgen, bald umfaßt sie eine Reihe von Personen [1]). Gewöhnlich findet das Letztere statt. Denn wie sonst im Deutschen Recht an einem Rechtsverhältniß häufig eine Anzahl von Personen als Berechtigte, als Verpflichtete, als Eideshelfer, als Zeugen theilnehmen, so auch zeigt sich dieser Charakter bei der Bürgschaft. Bei der Stärke und Innigkeit der Familienbande, bei der so großen Anzahl von Genossenschafts- und Abhängigkeitsverhältnissen finden die zu Verbürgenden leicht Gelegenheit unter einer großen Anzahl von Personen mehrere als Bürgen zu wählen. Die Bürgschaft von mehreren Bürgen kann, wie überhaupt die Verbindlichkeit von mehreren Personen zugleich, in verschiedener Form vorkommen:

a) Die mehreren Personen übernehmen die Bürgschaft mit getrennter, unterschiedener Hand. Hier findet dann statt eine einfache, schlichte Mitbürgschaft [2]). Die Form einer solchen Mitbürgschaft ist gleich der einer Mitverpflichtung. Ein jeder von den Bürgen gelobt besonders für abgesondert von den übrigen, mit seiner eigenen Hand die Bürgschaft. Wenn die mehreren auch zu gleicher Zeit als Bürgen vom Hauptschuldner vor die Schuld gestellt werden, so ist doch bei der wirklichen Uebernahme der Bürgschaft ein jeder von seinen Mitbürgen äußerlich getrennt. Die Gemeinschaft des Orts, der Zeit, des Bürgenstellers, des Bürgenempfängers, der Bürgenstellung reicht nicht aus, um die Bürgschaft zu einer wirklichen einigen, einzigen zu machen, so daß ein jeder Einzelne für das Ganze

---

des Landr., S. 179, ist zu einer jeden Bürgschaft die Genehmigung des Raths erforderlich. Sächs. Weichb., Art. 31. Landr. von Ober- und Niederbaiern, Tit. XIV, Art. 7. Würzburgische Landordn., Bd. 1, Nr. XXII, 8, 35. v. d. Nahmer, a. a. O., Erneuertes Landr. d. Churpfalz bei Rhein, S. 451, 452. Nach dem Preuß. Landr., I, 14, §. 202, 203, ist nöthig Schriftlichkeit oder Erklärung zum gerichtlichen Protokoll.

1) Vergl. auch Häberlin, Syst. Bearb. d. i. Meichelbeck's Hist. Fris. enth. Urk., S. 156.

2) Rechtsb. d. Dist., III, 12, 8: „werden me lute burgen wen eyner und geloben slecht vor dy schult". Hamburger Stadtr. v. 1270, VII, 8; über andere Stellen vergl. Stobbe, a. a. O., S. 139—142.

haftet [1]). Der Antheil des einen richtet sich nach der Anzahl der zusammen gegebenen Bürgen [2]).

b) Die mehreren Personen übernehmen mit gesammter unverscheidener Hand, Lateinisch communi manu, die Bürgschaft. Hier entsteht eine Gesammtbürgschaft [3]), welche der Form und der Wirkung nach gleich ist einer Gesammtverbindlichkeit. Der Ur-

---

1) Prager Rechtsbuch, Art. 10: „Vo vil leute geloben mit einander ein gelt zu geben, gibt iclicher sein tayl."

2) Ueber die nähere Ausführung der Verbindlichkeit des Einzelnen vergl. §. 11.

3) Stadtr. v. Hamburg v. 1270, VII, 8; v. 1292, H. VI; v. 1497, L. III. Böhme, a. a. O., Bd. 6. Schöffenurtheile, S. 96. Rechtsb. d. Dist., III, 12, 9; „Geloben lute mit gesampter hand und werden burgen umbe dy schult, werden sy denne darumbe beclaget mit rechte, sy mussen dy shult gelden, dywile or eyner lebete glich mit enander, denne dy sesampten erbet or eyner uf den andern aber nicht uf sine erben." Prager Statutarrecht, Art. 125: „und wen sich mer person umb schult vorschreiben in einem briff mit gesampter hand unvorscheidenlich, das sich chainer von dem andern mit seinem teile muge lasse an der andern wille". Prager Rechtsbuch, Art. 3: „welch purger mit einem lantherren mit gesampter hand unvorshaiden umgelt purgen wirt"; Art. 11: „geloben aber vil leut ein gelt einem manne mit gesampter hand zu gebir". Grimm, Weisthümer, Bd. 3, Forstting auf dem Harz, S. 267, §. 64 fg., S. 409. Böhmer, a. a. O., S. 744. Michelsen, Oberhof zu Lübeck, Nr. 131, 138. Niesert, a. a. O., Bd. 1, Abth. 2, Nr. 191, S. 521. Urkundenbuch des Klosters Prez, Nr. 60, 66, 75, 77, 80, 95, 99, 104, 105, 120, 122. Wippermann, Urkundenbuch des Stifts Obernkirchen, S. 163, 194, 195, 196. Mitunter findet sich auch der Ausdruck: „mit gesammter Hand und Einer für Alle". Wippermann, a. a. O., S. 313: „bekenne wy... vor uns alse rechte borgen mit sambder hand unser eyne vor alle". In lateinischen Quellen findet sich statt des Ausdrucks communi manu auch blos der: in solidum. Böhmer, a. a. O., S. 188, 369. Niesert, a. a. O., Bd. 1, Abth. 1, S. 288, 292, 293. Lacomblet, a. a. O., Bd. 2, Nr. 222, 292, 764, 825, 1029, 1058. Urkunden des Klosters Otterberg von Frey und Remling, Nr. 124, S. 96; Nr. 77, S. 57. Günther, a. a. O., Bd. 2, Nr. 252, 261, 326. Mitunter sind auch die beiden Ausdrücke communi oder communicata manu und in solidum verbunden. Wippermann, a. a. O. S. 112, 120, 125. Vergl. auch noch Walch, a. a. O., Bd. 4. Augsburger Statut. v. 1286, S. 389: „wo man auch bürgen sezet unverscheidenlich".

sprung dieser Form für die gemeinschaftliche Uebernahme ein und derselben Verbindlichkeit, ein und derselben Bürgschaft ist wol aus dem uralten Institut der Eideshelfer herzuleiten. Denn die Eideshelfer sind die ursprünglichsten Gesammthänder gewesen. Die Form ihrer Eidesablage mit gemeinschaftlicher Hand hat als Muster für die Form der Uebernahme einer Gesammtbürgschaft gedient. Diese Verbindung zwischen den Eideshelfern und den Gesammtbürgen wird aber nicht allein durch die Gleichheit dieser äußern Form, sondern auch durch die Verwandtschaft ihrer Bedeutung begründet. Denn die Eideshelfer bilden nur eine besondere Classe der Bürgen. Die Eideshelfer sind Bürgen für die Vergangenheit, die andern Bürgen Sicherheitsmänner für die Zukunft des Verbürgten; die erstern verbürgen, daß ihre Partei einen ihrer sittlichen Vergangenheit entsprechenden Reinigungseid geschworen hat, die letztern, daß der Verbürgte eine bestimmte Handlung in Zukunft vornehmen wird. Wie die Eideshelfer durch ihren Eid ihre Partei vor dem Beweis des Gegners und damit vor Buße und Wergeld bewahren, so schützen die Bürgen durch ihr Leistungsversprechen den Verbürgten vor drohender Haft oder Creditlosigkeit [1]).

Die gesammte Erklärung der Form und des Begriffs der Bürgschaft beruht also nach den frühern Erklärungen hauptsächlich auf der ursprünglichen Bedeutung der bei der Bürgschaft üblichen Ausdrücke „Bürgen stellen, Bürgen setzen". Die Art und Weise wie dieses Stellen, Setzen erfolgt, ob vor, neben

---

1) Bei den Alamannen legen sämmtliche Eideshelfer ihre Hände zusammen auf ein und dasselbc Reliquienkästchen, während obenauf die schwörende Partei ihre Hand legt und allein den Eid schwört. Lex. Alamann., tit. 6, c. 7. Rogge, Gerichtswesen der Germanen, S. 177. Sachße, Beweisverfahren, S. 38—44. Bei den Ripuariern spricht der Kläger die Eidesformel vor, die schwörende Partei spricht sie nach mit ihren zur Rechten und Linken stehenden Eideshelfern. Vergl. auch Schott, a. a. O., Bd. 3, Freiberger Stadtr., Art. 19, 4: „so sal der vorderer biten, ab di sechse mit einander schwören sullen oder al enceln, so sal man teilen daz sie alle miteinander..... sullen uf die heiligen legin. Daz sal man teilen zu rechte, daz iz in unschedelich si wi sie miteinander uf legin... Som ac he vregen ab einer den anderen rure mit den vingeren uf den anderen ligen oder ligen muzen, ab in daz an irme rechte icht gewerren kunne, so sal man teilen, iz werre in nicht wen iz mit urteile bewart ist."

oder für den Verbürgten, entscheidet vorzugsweise über die rechtliche Stellung des Bürgen. Während diese Ausdrücke aber früher hauptsächlich mit dazu beigetragen, viele Eigenthümlichkeiten der Bürgschaft im ältern Deutschen Recht zu erklären, so verlieren diese Ausdrücke fast gänzlich ihre Wichtigkeit, als unter dem Einfluß des Römischen Rechts der Bürge und nicht der Hauptschuldner es ist, welcher den Act der Bürgschaftserrichtung vornimmt [1]). Die Rechtsquellen sprechen zwar nach wie vor noch von einem Bürgenstellen, Bürgensetzen, aber der etymologische Wortlaut dieser Ausdrücke hat sich, wie solches häufig sowol bei juristischen als unjuristischen Wortformen zu geschehen pflegt, zu einer ganz allgemeinen Bedeutung verflüchtigt. Sie bedeuten nur, daß der Schuldner Personen als Bürgen benennt, nicht daß er sie wirklich stellt, sowie umgekehrt der Ausdruck „Bürgen annehmen" nur soviel sagt, daß der Gläubiger mit dem genannten Bürgen zufrieden ist. Bei dem Wegfall der ursprünglichen Bedeutung der Formen „Bürgen stellen, Bürgen annehmen" ist es natürlich auch nicht mehr von rechtlichem Einfluß, ob es heißt, der Schuldner stellt den Bürgen vor sich oder neben oder für sich. Man kann nur bedauern, daß Ausdrücke, die sonst einen festen Anhaltungspunkt zur Erklärung der rechtlichen Stellung des Bürgen zum Bürgenempfänger und zum Bürgensteller gewährten, in dem Deutschen Recht, das sonst gerade nicht sehr reich ist an Worten von juristisch-technischer Bedeutung, ihren ursprünglichen Sinn verloren haben. Nur so viel läßt sich wol daraus, daß ein und derselbe Ausdruck „Bürgen stellen" gleichmäßig bei so verschiedenen Arten der Bürgschaftserrichtung angenommen wird, folgern, daß diese gleichmäßige Anwendung desselben Ausdrucks mit dazu beigetragen hat, die Einführung des Unterschieds zwischen Römischer fidejussio und Römischem constitutum in Deutschland zu verhindern. Es verhält sich hier in gleicher Weise wie mit dem Worte Bürgschaft. Denn auch dieses hat dadurch, daß es gleichmäßig zur Bezeichnung so verschiedener Arten der Sicherheit angewandt ward [2]), mit die Einführung eines solchen Unterschieds verhindert.

---

1) Vergl. z. B. das Stadtr. v. Böhmen u. Mähren, S. 378: „Die Bürgschaft erfolgt mit der Hand des Bürgen."

2) Vergl. §. 1 u. 3.

Indem man die ursprüngliche Bedeutung des Ausdrucks „Bürgen stellen" misverstand, verkannte, gänzlich ignorirte, oder, was freilich kaum der Fall gewesen ist [1]), absichtlich verwarf, weil man unter dem Einfluß des Römischen Rechts annahm, daß ein freies Rechtssubject nicht wie eine Sache gestellt werden könne, verlor man das Bewußtsein von dem ursprünglichen Zusammenhang zwischen Pfand- und Bürgenstellung, von der ursprünglichen Abhängigkeit des echten Bürgen vom Benehmen des Hauptschuldners. Man verlor damit zugleich den Anhaltungspunkt zur Erklärung des Verhältnisses, in welchem bezüglich der Einrede der Vorausklage, der Theilung, des Vergleichs, der Verurtheilung, Bürge und Verbürgter zu einander standen. Es führte dieses namentlich dazu, daß man den Bürgen, der doch im ältern Deutschen Recht als echter Bürge nur als ein solcher Schuldner gilt, dessen reelle Leistungsverbindlichkeit von vornherein vom Benehmen des Hauptschuldners bedingt ist, für einen wirklichen, wenn auch nur accessorischen Correalschuldner hielt. Man verkannte damit zugleich, wie das Verhältniß des vom Hauptschuldner gestellten Bürgen als eines eventuell Verpflichteten, seine bedingte provisorische Stellvertretung des Hauptschuldners, welcher durch die von ihm erfolgte Stellung des Bürgen gleichsam dessen Autor wird, mit dazu beiträgt, zu erklären, welche Klage der Bürge aus seiner Leistung gegen den Hauptschuldner hat, und wie der Bürge hierbei keines beneficium cedendarum actionum bedarf, um ganz so gegen den Hauptschuldner klagen zu können, als wie der Gläubiger zu klagen berechtigt war. Alle diese Vortheile, welche man gehabt hätte bei einer richtigen Auffassung von der Stellung des Bürgen im ältern Deutschen Recht, hat man dem Einfluß des Römischen Rechts aufgeopfert, oder sie vielmehr als unerkannt unbeachtet gelassen. Es kann daher jetzt nur, da einmal das Römische Recht in dieser Lehre Geltung erlangt hat, die Aufgabe der Deutschen Rechtswissenschaft sein, die Grundsätze des ältern Deutschen Rechts über die Bürgschaft sowie ihr Verhältniß zu

---

1) Denn dieses hätte ein klares Verständniß von der ursprünglichen Stellung des Bürgen im ältern Deutschen Recht vorausgesetzt, ein Verständniß, das bei den romanisirten Juristen nicht vorkam.

denen des Römischen Rechts darzustellen. In einigen Punkten sind die Grundsätze beider Rechte verschieden, in andern kommen sie zu demselben Resultat, wenn sie auch nicht von gleichem Standpunkt ausgehen. Oefters ergibt sich, daß im heutigen modernen Civilrecht unter dem Mantel des Römischen Rechts ältere Deutschrechtliche Anschauungen verdeckt sind, oder daß wenigstens das ältere Deutsche Recht seiner Anlage nach Grundsätze des Römischen Rechts ohne dessen Reception von selbst bei einer ungestörten Fortentwickelung angenommen haben würde.

§. 5.

Die Bürgschaft im Proceß, namentlich im Criminal-Proceß.

Unter den verschiedenen Arten der Bürgschaft ist diejenige, welche für das Erscheinen einer Partei vor Gericht erfolgt, mit die älteste und wichtigste. Denn der Proceß, namentlich der Strafproceß, ist bekanntlich derjenige Rechtstheil, welcher von Anfang an in den Quellen am meisten ausgebildet sich vorfindet. Die historische Bildung der processualischen Bürgschaft bei Anklagen aus Verbrechen gewährt einen genauern Aufschluß über die allmälige Fortentwickelung nicht nur des Strafprocesses, sondern auch des Strafrechts. Die verschiedenen Entwickelungsstufen, auf welchen diese Bürgschaft fortschreitet, stehen in enger Verbindung mit der Bahn, auf welcher das gesammte Deutsche Recht sich fortbewegt. Sie geben ein anschauliches Bild von dem Wechsel, welcher in Bezug auf die persönliche Freiheit des Einzelnen, in Bezug auf seinen Grundbesitz, in Bezug auf sein Vermögen, in Bezug auf sein Gericht und seine Gerichtsgenossen stattfindet.

In den ältesten Zeiten erfolgt bei Anklagen wegen Verbrechen gewöhnlich keine Bürgschaft für das Erscheinen vor Gericht. Denn wo das Verbrechen erscheint zunächst als eine Verletzung der einzelnen Privatperson, im weitern Umfang als ein Angriff gegen dessen Familie, in entfernterer Ausdehnung als eine Verhöhnung der öffentlichen Ordnung, wo gewöhnlich nur der Verletzte oder seine Familie, nicht wie im Römischen Recht, ein jeder aus dem Volk oder eine gerichtliche Person [1])

---

1) Geib, Gesch. des Römischen Criminalprocesses, S. 98, 101.

zur Anklage berechtigt ist, da enthält die Forderung einer besondern Bürgschaft für das Erscheinen der Parteien vor Gericht ein Mistrauen in die Festigkeit der Bande, welche die Parteien sammt ihren Familien in ihrem beiderseitigen Interesse veranlassen, für das Erscheinen der Betheiligten vor Gericht zu sorgen. Besonders widerstreitet dem Erforderniß einer solchen Bürgschaft die Stellung des Gerichts und die Art des Processirens. Denn da ursprünglich nicht das Gericht, sondern der Verletzte selbst oder ein Mitglied seiner Familie den angeblichen Verbrecher vor Gericht ladet [1]), da das Versprechen, Eideshelfer vorzubringen, gleichsam das einer öffentlichen Volksbürgschaft enthält, der Einzelne nach seinem angeborenen, nicht nach dem örtlichen Recht seines Gerichts beurtheilt wird, nicht einer besondern auf Lebenszeit gewählten Gerichtsbehörde untergeordnet ist, sondern selbst in dem Gericht als Urtheiler auftreten kann, so gibt ein Jeder in seiner Eigenschaft als vollständig berechtigter Gerichts- und Volksgenosse stillschweigend Bürgschaft für sein Erscheinen vor Gericht. Sein bloßes Versprechen vor Gericht zu erscheinen [2]), genügt daher vollständig. Nur diejenigen Volksrechte, bei denen bereits die enge Verbindung, in welcher der Angeklagte wegen des für Todtschlag zu entrichtenden Wergelds zu seiner Familie steht, gelockert ist, verlangen vom Angeschuldigten eine besondere Bürgschaft [3]). Wenn freilich Jemand wegen seiner hartnäckigen Weigerung, sich vor seinem gewöhnlichen Gericht zu stellen, oder wegen seines Ungehorsams gegen eine sonstige königliche Verordnung dringenden Verdacht gibt, daß er im Bewußtsein seiner Schuld sich gänzlich dem Gericht entziehen wird, so hat er, sobald der Gegner sich an das königliche, das höchste Gericht, wendet, Bürgen zu stellen. Obgleich ihre Stellung dazu dienen soll, eine Verachtung dieses Gerichts zu verhüten, so werden sie demselben doch wegen seiner weiten Entfernung nicht un-

1) Lex Salic., tit. 1. Lex Ripuar., tit. 32, 1, 2. Lex Bajuvar, XII, c. 2, §. 1. 2. Pertz, Monum. Germ., tom. IV, p. 7, Childeberti reg. Capitul., c. 6.

2) Lex Ripuar., tit. 66, 1.

3) Lex Alamann., tit. 36, c. 3: „et in primo mallo (accusatus) spondeat ... et fidejussores praebeat... ut per neglectum non evadat“.

mittelbar gestellt, sondern dem Gericht des Grafen, welcher dafür zu sorgen hat, daß der Angeschuldigte vor dem Gericht des Königs erscheint [1]).

Nach den in den Stellen angewandten Worten: „qui legem servare contempserint, ut per fidejussores ad praesentiam regis deducantur [2]), comes ipsam personam per fidejussores positam ante Regem faciat venire" [3]), scheint es Regel gewesen zu sein, daß nicht der Private, sondern der Graf, der Vorstand des gewöhnlichen Gerichts, die Bürgen aus seinem Gerichtssprengel auswählte. Diese, welche die Wahl zu Bürgen annehmen mußten, hatten dann die Verpflichtung, den Verbürgten auf seiner Reise zum königlichen Gericht zu begleiten, zu beaufsichtigen und dem König vorzuführen. Auf dieses Recht des Grafen, Personen aus seinem Gerichtssprengel selbst gegen ihren Willen zu solchen Bürgen zu nehmen, beziehen sich wol die Worte „fidejussores tollere", welche sehr häufig in den Immunitätsprivilegien vorkommen. Dem Grafen wird es untersagt, in dem Immunitätsbezirk solche Bürgen zu nehmen [4]).

Als aber mit der Entwickelung der Territorialität über die in einem bestimmten Bezirk ansässigen oder wohnhaften Personen eine übergeordnete, ständige Gerichtsbehörde steht, als das mannire sich in das bannire umwandelt, als der Einzelne nicht mehr nach dem Recht seiner Geburt, sondern seines Landes beurtheilt wird, als der Angeklagte nicht mehr in dem Grade wie früher berechtigt ist, durch seinen Eid, durch seine Eideshelfer, durch Ordalien die Anklage von sich abzuwehren, als die Folgen des Verbrechens blos den Urheber treffen, als die Leistung von Wergeld durch die Bestrafung an der physischen Person verdrängt wird, so steigert sich auch mit der steigenden Macht eines öffent-

---

1) Canciani Leg. Barb., tom. I, Leg. Long.; Leg. Loth., c. 50, 52—54; Capitul. lib. III, c. 34; V, c. 12, 278; add. IV, c. 95, 109, 119, 162, 169. Pertz, Monum. Germ., III, Capit. Pipp. incerti anni, p. 31, c. 3; Capit. Paderbr. a. 785, c. 27. Vergl. Childeberti reg. Const., a. 554. Monum., IV, pars alt. Capit. spur. Benedicti, add. IV, c. 45.

2) Capit., lib. III, c. 34.

3) Capit., lib. V, c. 12.

4) Marculfi Form., lib. I, f. 3, 4; app., f. 44. Erhard, Reg. hist. Westphal., No. 18, 19, 22, 25, 30, 32, 39, 77.

lichen Strafgerichts und einer öffentlichen Strafgewalt das Erforderniß, Bürgschaft zu leisten. Diese Verpflichtung besteht nicht allein für den Verklagten, sondern auch für den Ankläger[1]). Zwar hat der letztere, wenn er nicht im Stande ist, seine Anklage siegreich durchzuführen, nach dem Sachsenspiegel und nach einigen andern Rechten gewöhnlich blos eine Geldsumme zu leisten[2]). Da aber nach sehr vielen andern Rechten der Ankläger je nach seiner mala oder bona fides, je nach dem Stand des Angeschuldigten gemäß dem Talionsprincip die Strafe erleiden muß, welche auf dem Verbrechen steht, wenn es bewiesen worden wäre[3]), so ist die Nothwendigkeit einer Bürgschaft auf Seiten des Anklägers ebenso gut als wie auf der des Angeschuldigten gerechtfertigt. Der Ankläger hat dann einen Bürgen zu stellen, wenn der Richter einen bestimmten Termin für die Klage festgesetzt hat[4]). Die Parteien können sich auch in keiner Weise über diese Verpflichtung beschweren. Denn während man erwarten könnte, daß bei Anklagen wegen Verbrechen sie sich einer persönlichen Gefangenschaft unterziehen müßten, wird durch das Recht zur Bürgschaft ihre persönliche Freiheit vor dieser so drückenden Beschränkung bewahrt. In dem Streben, den Einzelnen vor der Schmach einer persönlichen Gefangenschaft zu wahren, geht man selbst so weit, daß sogar derjenige, welcher bereits als Gefangener wegen eines angeblichen Verbrechens vor Gericht gebracht ist[5]), oder welcher sich aus der bereits gegen ihn ausgesprochenen Verfestung freiwillig gezogen hat, befugt ist, in Bezug auf die betreffende Anklage Bürgen zu stellen[6]). Wenn

---

1) Sächs. Landr., II, 9, 2. Richtsteig d. Landr., I, 21, 50, 51. Carolina, Art. 11—15, 17. Landr. v. Ober- u. Niederbaiern, S. 804. Reformirte peinliche Brandenburger Halsgerichtsordn., Art. 18—22.

2) Sächs. Landr., II, 8. Lex Fris., tit. III, 9. Platner, Histor. Entwickelungen, Bd. 2, S. 271, 272.

3) Lex Bajuvar., tit. VIII, c. 17, §. 1. Schwäb. Landr. von Wacker, c. 342. Grimm, Weisth., Bd. 1, Kyburger Oeffnung, S. 18, §. 6. Richthofen, Westerw. Landr., c. 18, §. 13. Küren von Wimbritzeradel, §. 24. Köstlin, in d. Zeitschr. f. Deutsch. R., herausgeg. v. Reyscher u. Wilda, Bd. 15, S. 388, 399. Platner, Hist. Entw., Bd. 2, S. 273—274.

4) Sächs. Landr., I, 61, 1.

5) Sächs. Landr., II, 9, 3; III, 9, 4.

6) Sächs. Landr., II, 4; III, 17, 2.

freilich die äußern Umstände zu sehr gegen die Unschuld des Angeschuldigten sprechen, er z. B. auf handhafter That ertappt sofort gefangen vor das Gericht gebracht wird, so ist die Bürgschaft ausgeschlossen [1]). Ist aber die Bürgschaft an und für sich zulässig, so darf bei Strafe keine der Parteien die vom Gegner angebotene zurückweisen [2]), noch der Richter sie abschlagen.

Diese Grundsätze über die Bürgschaft im Criminalproceß haben die meisten neuern Criminalisten wenig beachtet [3]), während sie doch den jetzigen vorzugsweise auf das Römische und Canonische Recht gestützten Bestimmungen zum Theil gleichen, oder sie doch wenigstens andeuten. Die jetzt allgemein übliche Ausschließung [4]) der Bürgschaft bei schweren Verbrechen enthält nur eine umfassende Ausdehnung der hie und da schon im ältern Recht bei einzelnen Verbrechen vorkommenden Bestimmung über die Unzulässigkeit einer Bürgschaft. Diese Unzulässigkeit ist jedoch jetzt dadurch bedingt, daß gegen den Verklagten hinreichende Verdachtsgründe vorliegen. Das ältere Deutsche Recht verlangt nun zwar nach seiner Natur, keine streng formulirten Rechtssätze aufzustellen, nur in Bezug auf solche Fälle, daß Jemand auf **handhafter That gefangen** sein muß, um ihm das Recht zu entziehen, sich durch Stellung von Bürgen von der Gefangen-

---

1) Sächs. Landr., II, 9, 3. Einige Rechte, namentlich Stadtrechte, bei denen die öffentliche Strafgewalt sich fester und umfangreicher entwickelt hat, schließen jedoch bereits überhaupt aus die Bürgschaft bei einzelnen schweren Verbrechen.

2) Hamburg. Stadtr. v. 1270, IX, 10, 11, 12; v. 1292, M. IX; v. 1497, C. IX. Vergl. auch **Bart. à Chassenaeo**, Consuetud. ducat. Burg., No. 170, p. 221—222. Hier wird gegen den Richter, welcher die Bürgschaft abschlägt, eine actio injuriar. zugelassen.

3) Z. B. **Stübel**, Criminalverfahren, §. 1694, beruft sich auf das Römische Recht, und nur nebenbei auf die deutsche Praxis. Diese Verkennung des ältern Deutschen Rechts zeigt sich auch im Criminalrecht, wie z. B. **Köstlin** in Bezug auf die Ehre und deren Injurien in d. Zeitschr. f. D. R., herausgeg. v. **Reyscher**, Bd. 15, S. 169 fg., und in Bezug auf den Diebstahl in der Krit. Ueberschau, III, S. 376 fg. klar nachgewiesen hat.

4) **Feuerbach**, Lehrb. d. peinl. Rechts, herausgeg. v. **Mittermaier**, §. 524. Vergl. auch **Stephani Gratiani** Disceptat., pars. I, c. 10, No. 21. **Richter**, Consilia, vol. II, c. 373. **Matt. Colerus**, De proc. exec., pars II, c. 3, No. 88. Reformation der Stadt Cöln, S. 50.

schaft zu befreien [1]). Aber diese Bestimmung nähert sich doch ihrer innern Natur nach dem neuern Recht, wenn dasselbe wenigstens einen einem halben Beweis gleichen Verdacht gegen den Angeklagten verlangt, um seine Gefangenschaft zu rechtfertigen [2]). Dieser Zusammenhang zwischen dem ältern und neuern Recht zeigt sich selbst bei den Fällen, in welchen blos Bürgschaft, keine Gefangenschaft des Angeschuldigten verlangt wird. Zwar stimmt die Regel des neuern Strafrechts, daß hier Gewißheit oder wenigstens hohe Wahrscheinlichkeit des begangenen Verbrechens vorliegen muß, nicht vollständig überein mit der im ältern Deutschen Recht geltenden Befugniß des Freien, bei jeder erhobenen Anklage wegen eines Verbrechens vom Angeschuldigten Bürgschaft zu fordern. Aber der Einfluß der Gewißheit oder der hohen Wahrscheinlichkeit des begangenen Verbrechens wird doch dadurch anerkannt, daß bei der leiblichen Beweisung der Angeschuldigte sich nicht mehr durch seinen Eid, durch seine Eideshelfer vertheidigen darf [3]). Thatsachen, welche man jetzt nach der streng wissenschaftlichen Unterscheidung zwischen objectivem und subjectivem Thatbestand zu dem erstern zählt, werden nach der innigen Verschmelzung von objectivem und subjectivem Thatbestand im ältern Deutschen Recht zur Beweislehre hinzugezogen und bei den Vertheidigungsmitteln des Angeschuldigten berücksichtigt. Dagegen stimmt vollständig überein mit dem ältern Deutschen Recht die Ansicht der neuern Criminalisten, den Angeschuldigten der persönlichen Haft zu unterwerfen, sobald er keine Bürgen finden kann [4]).

Aber selbst wenn auch Jemand sich zur Bürgschaft erbietet, so wird doch nur derjenige als Bürge angenommen, welcher ein dem Wergeld des zu Verbürgenden an Werth gleichstehendes Grundstück, als einen Vertreter dessen persönlichen Werthes, be-

---

1) Sächs. Landr., II, 9, 3.

2) Feuerbach, a. a. O., §. 524. Stübel, a. a. O., §. 1753. Martin, Lehrbuch des Criminalproc., §. 118. Quistorp, Peinliches R., herausgeg. v. Roß, Bd. 3, Abth. 1, §. 645.

3) Sächs. Landr., I, 13, 1; I, 15, 2; I, 22, 4.

4) Feuerbach, a. a. O., §. 531. Quistorp, a. a. O., Bd. 3, Abth. 1, §. 646, Nr. 1. Martin, a. a. O., §. 118. Stübel, a. a. O., §. 1750.

sitzt [1]). Der Bürge muß bei Uebernahme der Bürgschaft entweder ausdrücklich erklären, daß er mit einem solchen dem Wergeld des Verbürgten an Werth gleichstehenden Grundstück sich verbürgt, oder es ist diese Erklärung in der Uebernahme der Bürgschaft stillschweigend enthalten. Denn da der Processirende selbst keiner Bürgschaft von Seiten eines Dritten dann bedarf, wenn er seinen im betreffenden Gerichtsbezirk liegenden Grundbesitz nachweist oder als gerichtskundig angibt, so genügt auch eine solche Nachweisung oder Gerichtskundigkeit von Bürgen. Es ist daher nicht nöthig, daß der Bürge ausdrücklich erklärt, er verbürge sich mit seinem Grundbesitz, sondern es genügt, wenn er nach erwiesenem oder anerkanntem Grundbesitz einfach sagt, „er verbürge sich". Das Bürgschaftsmittel ist sein Grundbesitz, Die Folgen der Bürgschaft treffen daher zunächst diesen letztern. Diese Vertretung der Person durch das Grundstück geht aber so weit, daß selbst derjenige, welcher einen an ein und demselben Gerichtstag, bei ein und demselben Gericht verschiedener Verbrechen Angeklagten vor Gericht zu bringen sich verbürgt, nur einmal ein dem Wergeld des Verbürgten an Werth gleichstehendes Grundvermögen zu besitzen braucht. Der Angeklagte hat zunächst die gegen ihn zuerst erhobenen Klage abzuwehren, ehe er sich auf die andern einzulassen braucht [2]). Durch eine Anklage ist bereits seine ganze Persönlichkeit vor diesem Gericht angegriffen, hier sein ganzes Beweisrecht bedroht. Er hat daher seine gesammte Vertheidigungskraft gegen den ersten Angriff aufzubieten,

---

1) Rößler, Prager Rechtsbuch, Art. 121. Böhme, a. a. O., Schöffenurtheile, S. 103. Hamburger Stadtr. v. 1292, M. IX. Schott, Stadtr., Bd. 3, Freiberger Stadtr., Art. 2, §. 1. Nach ihm kann der Besitzer eines nicht Zinsen zahlenden Erbgrundstücks für ein jedes Verbrechen, der eines zinspflichtigen Erbguts für Friedensbrüche und für jegliche Geldschuld, der eines eigenen Rauchs für Wunden, der eines Lehnguts nur für soviel, als er Abgaben an die Stadt gibt, Bürgschaft übernehmen. Goslarsche Statut., S. 57, Z. 19—22, 33—35; S. 72, Z. 34—37.

2) Sächs. Landr., III, 12, 2: „Klaget vele lüde up enen man ungerichte, he ne hevet den anderen nicht to antwerdene, er he des irsten ledich is. Wirt ok die klage gedaget, he ne darf nicht burgen setten, wan vor sin weregelt, als si der klage vele."

dessen Ausgang zu sehr wichtig für das Beweisrecht gegen die andern Anklagen ist, als daß vor Beendigung dieser ersten Anklage der Angeklagte gleichzeitig sich auch auf eine andere einlassen könnte. Würde für den mehrerer Verbrechen Angeklagten ein mehrfaches Wergeld auf Seiten des Bürgen verlangt, so würde auch der Angeklagte zu gleicher Zeit sich speciell auf die mehreren Anklagen einlassen, seine durch einen Proceß schon vollständig beschäftigte Persönlichkeit gleichsam verdoppeln, verdreifachen müssen. Wie der Kläger nicht eher auf eine Widerklage des von ihm Verklagten zu antworten hat, als bis die erste Klage vollständig entschieden ist [1]), so auch braucht der zu gleicher Zeit mehrfacher Verbrechen Angeklagte sich nicht eher auf eine zweite einzulassen, als bis über die zuerst erhobene abgeurtheilt ist. Beide Fälle, die scheinbar sich entgegenstehen, da der eine eine Verpflichtung des Verklagten, der andere eine Berechtigung desselben zu enthalten scheint, beruhen doch auf dem gemeinschaftlichen Grundsatz, daß die angestellte Klage vollständig zu Ende gebracht sein muß, ehe der frühere Verklagte seinen frühern Ankläger in die Stellung eines Verklagten bringen kann, ehe der bereits Verklagte von neuem in die Stellung eines Verklagten gebracht werden darf. Der Kläger ist nicht allein berechtigt, sondern auch verpflichtet, seine Klage vollständig zu Ende zu bringen, ehe er sich auf eine Widerklage einläßt, denn er hat ja Bürgschaft zu geben, daß er die angestellte Klage zu Ende führt. Der Verklagte ist nicht allein berechtigt, sondern auch verpflichtet, dann erst sich auf die zweite Klage einzulassen, sobald die zuerst gegen ihn angebrachte beendigt ist, denn sonst würde er dem ersten Kläger die Beendigung seines Processes verzögern, ja verhindern können [2]).

Der Bürge reicht mit seinem dem Wergeld des mehrfach Angeklagten an Werth gleichstehenden Grundstück jedoch nur dann zur Bürgschaft aus, wenn die mehrfachen Anklagen bei demselben Gericht erhoben sind. Denn ist Jemand an verschiedenen Gerichten verschiedener Verbrechen angeklagt, so hat er ent-

1) Sächs. Landr., III, 12, 1.

2) Z. B. der Verklagte läßt sich vor Beendigung des ersten Processes bezüglich des zweiten zum Zweikampf verleiten, und fällt in demselben.

weder an jedem Gericht einen besondern Bürgen zu stellen, oder an allen ein und denselben, welcher in jedem der Gerichte ein dem Wergeld des Angeklagten an Werth gleichstehendes Grundstück besitzt. Wie ein solcher Grundbesitzer zugleich in jedem dieser Gerichtsbezirke volle rechtliche Persönlichkeit hat, so auch kann er zu gleicher Zeit in ihnen den mehrfach Angeklagten mehrfach verbürgen. Dessen Persönlichkeit ist durch die verschiedenen Anklagen gleichzeitig bedroht, und er hat sie daher gleichsam zu vervielfältigen, welches durch die Bürgschaft eines solchen Bürgen erfolgt, eine Regel, welche unstreitig die Annahme des landsassiatus plenus mit herbeigeführt hat [1]).

Aber nicht allein bei einer Criminalklage, sondern auch bei einer Civilklage, einer Schuldklage, ist derjenige als Bürge im Proceß zulässig, welcher ein dem Wergeld des Verklagten an Werth gleichstehendes Grundstück besitzt. Denn der Civilproceß verleugnet nicht seinen theilweisen Ursprung von dem Criminalproceß und Criminalrecht. Wie nach der ältern Volksanschauung ein Freier nicht leicht ein über seinen persönlichen Werth hinausgehendes Verbrechen unter Seinesgleichen begeht [2]), so auch übernimmt eine Person nicht leicht eine ihren persönlichen Werth übersteigende Civilschuld. Der Werth einer Person bildet in der ältesten Zeit gleichsam eine natürliche Grenze, innerhalb welcher sie sich verbindlich machen kann. Ein Ueberschreiten dieser Schranken wäre gleichsam ein Sprung der Person über ihre Persönlichkeit hinaus gewesen, und hätte eine Herabsetzung des Werthes einer Person im Strafrecht im Verhältniß zu ihrem Werth im Privatrecht enthalten. Als aber im Laufe der Zeit sich die vermögensrechtliche Macht des Individuums weit über die Macht seines Grundbesitzes, des ursprünglichen Vertreters seines persönlichen Werths, ausdehnt, als der Mensch im Obligationsrecht nur als Träger und Inhaber

---

1) Mit dieser Ansicht stimmt es auch überein, wenn nach Roth, Beneficialwesen (1850), S. 226, Note 106 und S. 387, Note 93, ein jeder, welcher Grundeigenthum in einem Lande hat, dem betreffenden Landesherrscher dafür den Fidelitätseid leisten muß.

2) Vergl. auch in der Kritischen Ueberschau, herausgeg. v. Bluntschli u. A., Bd. 3, Heft 1, S. 56, Maurer, Angelsächsische Rechtsverhältnisse, wo der Grundsatz ausgesprochen wird, daß ein Verbrecher nicht ein über sein Wergeld hinausgehendes öffentliches Strafgeld zu bezahlen pflegt.

von Vermögensrechten gilt, wird von der Regel, daß bei der Bürgschaft für das Erscheinen des Schuldners vor Gericht ein dessen Wergeld gleichstehendes Besitzthum bei Bürgen hinreicht, sehr bald abgegangen. Der Sachsenspiegel freilich, welcher noch tief durchdrungen von ältern volksrechtlichen Grundsätzen im Privat- und Criminalrecht sich hier gleichbleibt, sieht mehr auf den persönlichen Werth des vor Gericht zu stellenden Schuldners als auf den Umfang der von ihm geforderten Schuld. Er verlangt daher ohne Rücksicht auf das Wergeld nur dann beim Bürgen ein dem Betrag der Schuldforderung gleichkommendes Vermögen, wenn der Schuldner bereits eine solche Schuld eingestanden hat, oder ihr überführt worden ist [1]). Aber die meisten sonst dem Sachsenspiegel nachstehenden Rechte fordern überhaupt, daß der Bürge für das Erscheinen eines verklagten Civilschuldners ein dem Werth der angeblichen Forderung gleichstehendes Vermögen besitzt [2]). Aber nicht allein im Civilrecht, sondern auch im Criminalrecht wird es üblich, daß es nicht leicht hinreicht, wenn der Bürge für das Erscheinen eines Angeklagten blos ein dessen Wergeld gleichstehendes Vermögen besitzt. Namentlich haben die Stadtrechte, bei denen schon frühzeitig das alte Wergeldsystem vieles von seinem ursprünglichen Charakter

---

1) Sächs. Landr., II, 10, 2: „Neman n'is plichtig hoger borgen to settene vor gerichte, denne alse sin weregelt stat, it ne si scult der he bekant oder die mit rechte up ine gebracht wert." Siehe auch Schöffenurtheile in der Zobel'schen Ausg. des Sächs. Landr., Th. 2, c. 2, dist. 14, 15. Wenn daher Stobbe, a. a. O., S. 119 sagt, „es scheint die Verbürgung dafür, daß der Beklagte vor Gericht erscheint, ebenso viel zu bedeuten, als wenn der Bürge selbst für die Schuld einzustehen hätte", so ist dieser Satz gerade nach der von ihm citirten Stelle d. Sächs. Landr., II, 10, 2, nur in gewissen Fällen wahr.

2) Gaupp, a. a. O., S. 290, Art. 54. Kulm. R., I, 23. Schott, a. a. O., Bd. 3, Freiberger Stadtr., II, §. 8—11. Die Glosse zum Sächs. Landr., II, 10, 2, wundert sich über das untergeordnete Verhältniß, in welchem der Bürge des eines schweren Verbrechens Angeklagten zu dem eines Civilschuldners steht. Sie sucht dieses Misverhältniß dadurch zu erklären, daß im Criminalrecht der vor Gericht ausgebliebene Verbrecher noch bestraft wird, wenn auch der Bürge für den vor Gericht ausgebliebenen Verbürgten das Wergeld gezahlt hat. Diese Erklärung paßt nicht für das ältere Volksrecht, wo die Entrichtung des Wergeldes die Hauptstrafe enthielt.

verloren hat, namentlich bei der Anstellung mehrerer Anklagen [1]) das beim Bürgen erforderliche Vermögen erhöht. Die abnehmende Bedeutung des Wergeldes und des Grundstücks als Vertreter des Werths einer Person bezeichnet eine neue Stufe der Entwickelung sowol im Civil- als im Criminalrecht. Mit ihr beginnt eine Zeit, wo der enge, auf den Grundbesitz fest basirte Kreis der rechtlichen Verhältnisse, in denen früher die juristische Thätigkeit ganzer Familien von Geschlecht zu Geschlecht sich gleichmäßig äußerte, durchbrochen wird, wo mit abnehmendem Einfluß der Lehns-, Hof- und Hörigkeitsverhältnisse sich neue zahlreiche Verhältnisse des Handels und des Verkehrs entwickeln, wo der abstracte Begriff von Vermögen dessen verschiedene Bestandttheile in Eins zusammenfaßt, wo dessen kosmopolitische Natur den Einfluß der Abstammung, der physischen Natur der Person verdrängt. Dieser Erweiterung des Vermögens gegenüber wird dagegen im Criminalrecht der Einfluß der sittlichen und physischen Natur des leiblichen Individuums desto bedeutender. Nun erst beginnt eine wirkliche innere Trennung zwischen Vermögensrecht und Criminalrecht. Gerade die peinliche Strafe, welche immer mehr an die Stelle der Wergeldzahlung tritt, anstatt eine Herabsetzung der leiblichen Persönlichkeit zu enthalten, gibt ein wichtiges Zeugniß von der Bedeutung des physischen Individuums, sie enthält eine Art von Reaction gegen die heranwachsende Macht des Vermögens. Den Einfluß, welchen auf der einen Seite im Vermögensrecht die individuelle leibliche Persönlichkeit des Einzelnen **einbüßt**, **gewinnt** sie dagegen auf der andern im Strafrecht und mußte ihn erlangen, wenn nicht bei der Unzulänglichkeit des ältern Wergeldsystems zum wachsenden

---

1) Goslarsche Statuten, S. 72, Z. 34—37: „uppe en hus dat enne hof hevet unde unbekomeret is unde dar ok nicht af ne gheyt, denne de wortpenninghe, dar mach men de ersten unde de **anderen** klaghe van ghērichte up gan, de **dridden** aver nicht", S. 427. **Schott**, a. a. O., Bd. 3, Freiberger Stadtr., XLIX, 27, 29, nach dessen Grundsätzen der wegen mehrerer Verbrechen Verklagte sich auf alle zugleich einlassen muß. Das Schwäbische Landr. von **Laßberg**, c. 100, berücksichtigt überhaupt nicht besonders das Wergeld als Maßstab für das vom Bürgen nothwendig zu besitzende Vermögen.

Reichthum und der zunehmenden öffentlichen Staatsgewalt das Strafrecht eine feste Grundlage verlieren sollte. Je mehr sich die Thätigkeit des vermögensrechtlichen Subjects erweitert, desto persönlicher treffen die Folgen des Verbrechens die leibliche Person des Verbrechers, desto enger umschließen dieselbe die Gatter des Gefängnisses.

Bei dieser Richtung der öffentlichen Strafgewalt müssen sich daher die Anforderungen an den Bürgen für das Erscheinen eines Angeschuldigten steigern. Dennoch verliert bei ihm das Wergeld noch nicht ganz seine Bedeutung. Denn wenn auch später, als der Werth des Wergeldes immer mehr in einem ganz untergeordneten Verhältniß zum Geldwerth steht, sowol die Theoretiker als Praktiker ohne Rücksicht auf Wergeld vom Bürgen die Deponirung von beweglichen Pfandsachen, das Versprechen einer bestimmten Geldsumme, die ausdrückliche Verpfändung von Grundstücken verlangen [1]), so berufen sich doch noch die früher so sehr angesehenen sächsischen Criminalisten wie z. B. Carpzov [2]), auf die Bestimmung des Sachsenspiegels, um die Zulässigkeit einer Bürgschaft überhaupt zu rechtfertigen.

§. 6.

Fortsetzung.

Form und Wirkung der processualischen Bürgschaft sind vorzugsweise geeignet, den Charakter der echten Bürgschaft und die wirkliche Bedeutung des Worts zu veranschaulichen. Die Proceßbürgschaft hat mit der echten Bürgschaft für eine Leistung das Kennzeichen gemeinsam, daß sie wie diese eine eventuelle, bedingte Verbindlichkeit enthält. Denn der Bürgensteller stellt den Bürgen vor sein Erscheinen im Gericht, nachdem er bereits schon vorher für sich allein die Verpflichtung übernommen hat, vor Gericht zu erscheinen. Der Verbürgte hat also zunächst vor Gericht zu erscheinen, erscheint er aber nicht, so muß nunmehr

---

1) Stübel, a. a. O., §. 1695. Feuerbach, a. a. O., §. 533. Quistorp, a. a. O., §. 646, Note t. Martin, a. a. O., §. 117.

2) Carpzov, Practica rerum criminal., pars III, quaest. CXII, No. 98—102.

der Bürge dafür haften. Der Bürge kann also erst abwarten, ob der Verbürgte erscheint. Erst dann, wenn dieser nicht erscheint, wird seine bedingte Verbindlichkeit eine unbedingte. Jedoch unterscheidet sich hier der Proceßbürge von dem Zahlungsbürgen dadurch, daß während der letztere den Verbürgten nicht zur Leistung anzuhalten braucht, der erstere den Verbürgten zum Erscheinen vor Gericht veranlassen muß. Bei Bürgen für eine Leistung ist es natürlich ganz einerlei, wer zahlt, ob Bürge oder Verbürgter, dagegen bei Bürgen für das Erscheinen im Gericht ist es die Hauptsache, daß der Verbürgte und nicht etwa blos der Bürge erscheint. Es sind daher bei der Proceßbürgschaft die sonstigen Arten der Zahlungsbürgschaft unstatthaft, es findet weder eine Mitverpflichtung, noch eine Gesammtverpflichtung des Bürgen mit dem Verbürgten statt. Der Angeklagte kann nicht den Dritten als Bürgen in der Art neben sich stellen, daß beide eine ursprünglich gleiche Verpflichtung übernehmen. Denn für den Bürgenempfänger ist es ja zunächst Hauptsache, daß seine Gegenpartei im Gericht erscheint. Die Verbindlichkeit des Bürgen ist in dieser Beziehung immer eine eventuelle, welche eine ursprüngliche Gleichstellung ausschließt. Noch viel weniger ist bei der Proceßbürgschaft der Fall der Zahlungsbürgschaft statthaft, wo der Schuldner, dadurch daß er einen Dritten mit Genehmigung seines Gegners an seine Stelle in die Schuld einsetzt, von jeglicher Verbindlichkeit frei wird. Denn bei der Proceßbürgschaft, namentlich bei der im ältern Deutschen Criminalproceß ist ja die persönliche leibliche Gegenwart des Angeschuldigten allzu wichtig für die Führung des Beweises, als daß ihn ein Anderer von vornherein vertreten könnte. Nur dann kann eine solche Vertretung eintreten, wenn beim Ausbleiben des Verbürgten, sein Verbrechen mit Buße und Wergeld gestraft wird. Denn hier kann natürlich der Bürge ganz dasselbe leisten, was der Verbürgte zu leisten hat. Seine Leistung ersetzt die des Verbürgten. Es hat diese Vertretung sogar dahin geführt, daß nach Einführung der peinlichen Strafen, der Bürge beim Ausbleiben des Verbürgten ganz dieselbe persönliche Strafe zu erleiden hatte, zu welcher der Verbürgte verurtheilt war [1]).

1) Vergl. über das Nähere darüber §. 7.

Der Bürge für das Erscheinen eines Angeschuldigten hat also sehr dafür zu sorgen, daß er den Verbürgten an dem bestimmten Termin vor Gericht stellt [1]). Der Ausdruck Stellen wird hier so recht in seinem wörtlichen Sinne gebraucht, er bedeutet, die leibliche Person des Verbürgten factisch vor Gericht vorführen, vorbringen. Der hier stattfindende Gebrauch dieses Worts beweist eben, daß, wie bereits erörtert ward, auch beim Ausdruck „Bürgen stellen" an ein solches factisches Vorbringen der leiblichen Person der Bürgen zu denken ist. Während daher der Bürge, indem ihn der zu Verbürgende stellt, sich mehr passiv als activ verhält, wird nach gegebener Bürgschaft seine Rolle mehr eine active als passive. Er, der vom Bürgensteller gestellt worden ist, hat nunmehr denselben zu stellen, er, der von der Hand des Verbürgten gegeben ward, hat nunmehr den Verbürgten in seine Hand zu nehmen [2]). Wenn auch der Bürge den Verbürgten nicht unmittelbar in persönlicher Haft gehalten hat von dem Augenblicke an, wo er als Bürge gegeben ward, bis zu dem Moment, wo der Verbürgte zu stellen ist, da die Bürgschaft gerade zu dem Zwecke gegeben wird, um diese Beschränkung der persönlichen Freiheit zu vermeiden, so hat der Bürge doch den Verbürgten während dieser Zeit nicht gänzlich außer Acht gelassen, sondern über ihn, damit er nicht sich entfernt und am Gerichtstag ausbleibt, eine Art von Aufsichtspolizei ausgeübt [3]). Die Forderung der neuern Criminalisten, daß der Bürge den Verbürgten muß beobachten können [4]), enthält

---

1) Canciani Leg. Barb., tom. I, alt. add. ad leg. Ludov. II, c. 38: „liber homo fidejussorem donet, qui eum arramire et in placitum adduci faciat." Capitul., lib. IV, c. 29. Sächs. Landr., III, 9, 1. Sächs. Weichb., 113. Richtsteig des Landr., Buch 1, c. 52. Kulm. R., III, 58.

2) Hach, Lüb. Recht, codex II, Art. 66, „so wor en den anderen but vor dat richte ofte in borghehant bringhet, dat he kome vor dat richte".

3) Vergl. z. B. Jütisch. Low, II, 64, 2: „wolde nu disse, de Börgen gestellet hefft, darvon lopen, unde erföre dat de syn Börge is, de schal solcks dem Richter des Ordes vormelden unde de Richter schal en anhalden."

4) Stübel, a. a. O., §. 1695. Kleinschrod, Abhandlungen aus dem peinlichen Recht, Th. 2, Nr. 9, §. 30, S. 130.

daher nur einen im Mittelalter längst anerkannten Grundsatz. Merkt nun der Bürge, daß der Verbürgte Anstalten macht sich zu entfernen und seinen Bürgen im Stich zu lassen, so kann der letztere sich schleunigst an den Richter wenden, damit dieser ihn in seine Gewalt nimmt [1]). Aus der Verpflichtung des Bürgen, den Verbürgten vor Gericht zu stellen, folgt ferner, daß der Bürge gewöhnlich persönlich bei Vollziehung dieses Acts zugegen ist, gerade so wie der Bürge zugegen zu sein pflegt, wenn er zum Bürgen gestellt wird. Dieses Stellen ist seiner wörtlichen Bedeutung nach nicht möglich, wenn nicht der Steller und der zu Stellende persönlich gegenwärtig sind. Der eine Act, die Stellung des Verbürgten von Seiten des Bürgen, entspricht dem andern, der Stellung des Bürgen von Seiten des zu Verbürgendenden, nur wechseln die Personen gleichsam ihre Rollen. Der Bürge vertritt hier die Stelle eines Frohnboten. Wie dieser den Verhafteten persönlich vor Gericht zu bringen pflegt, so auch verfährt sein Stellvertreter, der Bürge [2]). Außerdem bezweckt auch die persönliche Gegenwart des Bürgen mit seinem Verbürgten vor Gericht, dem Gericht vollständig den augenscheinlichen Beweis zu liefern, daß der Bürge seinen processualischen Verpflichtungen genügend nachgekommen ist. Dem Bürgenempfänger wird durch das vom Gericht bezeugte Erscheinen des Bürgen sammt dem Verbürgten vor Gericht, jegliche Gelegenheit entzogen, dem Bürgen die Erfüllung seiner Verpflichtung abzuleugnen.

Da der Bürge ein Interesse daran hat, daß durch die von seiner Seite vorgenommene Stellung des Verbürgten seine Verpflichtung aufhört, und der Proceß entschieden wird, so kann er darauf dringen, daß der Richter den zur Verhandlung gesetzten Termin einhält [3]). Denn wird kein Gericht gehalten, so kann der Bürge seine Partei nicht stellen. Seine Verpflichtung dauert nach wie vor fort, wenn er sich eine Verschiebung des Termins

---

1) Jüt. Low, a. a. O.

2) Sächs. Landr., III, 9, 1. Sächs. Weichb., 115. Hach, Lüb. R. cod. II. Art. 66.

3) Vergleiche z. B. Lex Burgund., tit. 82, c. 1: „Si quis fidejussorem de audientia accepit, ipse fidejussor ad se solvendum insistat, ut causa dicatur.“

ruhig gefallen läßt [1]). Will der Bürge eine solche Verlängerung seiner Verpflichtung verhüten, so muß er unter der Erklärung, seine Verpflichtung beziehe sich auf den früher bereits festgesetzten Termin, fordern, daß der Richter diesen einhält oder seine Bürgschaft aufhört. Wird der Termin eingehalten und erscheint der Bürge mit dem Verbürgten vor Gericht, so ist der erstere damit noch nicht überall von seiner Verpflichtung erlöst. Nach einigen Rechten genügt es zwar allerdings vollständig, wenn der Bürge mit dem Verbürgten am Termin vor Gericht kommt, und sie sich den Augen des Gerichts, des Gegners deutlich zeigen. Der Bürge braucht ihnen gegenüber keine besondere Handlung mit dem Verbürgten vorzunehmen, an sie keine besondern Worte, keine besondere Erklärung zu richten [2]). Dagegen verlangen andere Rechte, daß der Bürge nicht allein den Verbürgten vor die Schöffenbank und die Gerichtsschranken vorführt, sondern auch dem Gericht und den Schöffen gegenüber ausdrücklich erklärt, „er habe hiermit seine Bürgschaft erfüllt und sei von ihr ledig" [3]).

---

1) Mit dieser Ansicht stimmen auch die neuern Criminalisten überein, wenn sie sagen, daß der Bürge für das jedesmalige Erscheinen des Angeschuldigten Sorge tragen solle. Stübel, a. a. O., §. 1695. Feuerbach, a. a. O., §. 535.

2) Brünner Schöffenbuch, Art. 289; Brünner einzelne Schöffensatzungen, S. 397, Art. 211: „Daz ist ein altes recht an allen sachen, si sein um wunten oder um schuld, stel ein man seinen purgel vor gericht sweigent oder redent, daz in richter und schephen sehent und ener gen dem er purgel ist worden, er ist ledich." Hamburger Stadtr. v. 1292, M. 26; v. 1497, C. XIII.

3) Prager Statutenbuch, Art. 94: „Wer do purg vor ein wirt, umb welcherlei sach das sey und wil do won ledig sein, er sol den selben, wur den er purg wurden ist, stellen wur das gericht in dy vier benchen und sol dem richter und zwein scheppfen an piten, das er sich aus der purgschaft gelediget habe . . . er sol aber der purgschaft ledig sein." Prager Rechtsb., Art. 77. Seibertz, Urkundenb., a. a. O., Bd. 2, Nr. 719, Soester Schrae v. 1350, §. 53: „welick man lovet vor eyn ordeyl in deme gherichte, dey sal stan in der losnusse also lange winte dey sakewalde kome to gherichte, unde dat ordyl ut ghesproken si, unde wanne dey achte unde vorspreken ghenomen hevet, so is dey borghe

Unstreitig entspricht die erstere Ansicht am meisten dem ursprünglichen Charakter der Bürgschaft. Denn der Bürge hat ja nur versprochen, den Verbürgten vorzubringen. Bringt er ihn also vor Gericht, gibt er den Gerichtspersonen, dem Gegner Gelegenheit sich der Person des Verbürgten zu versichern, so ist er vollständig seiner Verpflichtung nachgekommen. Wie derjenige, welcher Bürgen zu stellen verspricht, seinem Versprechen nachgekommen ist, wenn er die Bürgen stellte, wie er hier nicht noch besonders hinzuzufügen braucht, er habe nunmehr seine Verpflichtung erfüllt, so auch reicht es hier hin, wenn der Bürge den Verbürgten vor Gericht stellte ohne daß er eine besondere Erklärung gibt. Die Stellung des Verbürgten erfolgt im Interesse des Gerichts und des Gegners. Ist einmal die Stellung erfolgt, so haben sie zu zeigen, daß sie ernstlich bemüht sind, den einmal angefangenen Proceß zu Ende zu bringen. Der Verbürgte ist ihnen vor ihre Augen, unter ihre Hände gebracht, sie haben nun die gehörigen Anstalten zu treffen, damit ihnen der einmal ihrer Gewalt Unterworfene nicht wieder entgeht. Da der Bürge sich nicht um den Ausgang des Processes zu bekümmern braucht, da es für ihn an und für sich gleichgültig ist, ob der vor Gericht vorgebrachte Verbürgte verurtheilt oder freigesprochen wird, so ist mit dem bloßen Erscheinen des Verbürgten vor Gericht auch jegliche weitere Verpflichtung für den Bürgen erloschen. Entzieht sich der der Gewalt des Gerichts übergebene Verbürgte der Macht desselben durch die Flucht, so ist der Bürge gerade so gut von seiner Verpflichtung frei, als wie solches der Fall ist, wenn trotz seiner Bürgschaft der Verbürgte in Gefangenschaft gehalten, entflieht, oder wenn ihn der Bürge während der Bürgschaft als einen der Flucht Verdächtigen vor dem Terminstag dem Gericht überliefert[1]). Zwar pflegt nach einzelnen Rechtsbüchern der Bürge, welcher den Verbürgten vorbringt, eine Erklärung über die Ausführung seiner Bürgschaft zu geben, um jeglichen Zweifel oder Streit über

---

der losnusse quit und nicht er." Ebenso verlangen die Stadtrechte von Böhmen und Mähren eine besondere Bitte um Erledigung der Bürgschaft, S. 384, 385.

1) Jüt. Low, II, 64, 2.

die Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu verhüten, aber rechtlich ist er zu einer solchen Erklärung nicht verpflichtet[1]).

Diese Grundsätze der ältern Deutschen Rechtsbücher sind nicht allein von rechtsgeschichtlicher Bedeutung. Denn mit ihnen stimmen die Glossatoren, die meisten spätern Praktiker und Theoretiker überein[2]), eine Uebereinstimmung, welche freilich diesen Rechtsgelehrten ganz unbekannt ist.

Der Bürge wird aber nicht allein von seiner Verbindlichkeit befreit, wenn er mit dem Verbürgten sich vor Gericht einfindet, sondern auch wenn der letztere freiwillig ohne den Bürgen vor Gericht sich einstellt. Der Verbürgte braucht nicht abzuwarten; bis ihn sein Bürge gleichsam wie einen willenlosen Gegenstand vor Gericht bringt und ihn hinstellt, sondern er kann kraft eigenen Willens ohne Begleitung des Bürgen sich im Gericht einfinden und seine Person der Gewalt des Gerichts unterwerfen[3]). Denn der Verbürgte gilt trotz der Verbürgung nach

---

1) Brünner Schöffenbuch, Art. 289: „Quidam concivis pro quodam...., fidejussit isto modo, quod ad judicium actoribus et judici ipsum vellet statuere, quod et fecit. Nam cum judex et jurati die praefixo tribunali praesiderent, recepit ipsum per manum et..... eum statuit sed nihil dixit..... Et cum jurati pro invenienda sententia contra eum (accusatum) ad partem declinassent, ipse... evasit et a judicio recessit. Modo actores et judex quaerunt, utrum fidejussor ex eo quod a fidejussione se non exemit nec protestationem... fecit, non debeat eis satisfacere pro eodem... licet ad cautelam frequenter talia fiant, tamen si omittantur propter hoc non tollitur juris virtus."

2) Bartolus, Gloss. in leg. si quis reum, No. 2, de cust. reo. Crotti Consilia, cons. 411, No. 45. Menochii Consilia, cons. 212, Nota 18. Carpzov, Pract. rer. crim., pars. III, quaest. CXII, No. 142. Stübel, a. a. O., §. 1694. Feuerbach, a. a. O., §. 533. Seuffert, Archiv f. Entscheid. d. oberst. Ger., Bd. 9, Nr. 123.; Erkenntn. d. Ober-App.-Ger. zu Dresden v. Juni 1853; Erkenntn. d. Ober-App.-Ger. zu Lübeck v. 28. Febr. 1852.

3) Sächs. Landr., III, 9, 3: „Sve aver bürge wert enes mannes vor gerichte ine to bringene, kumt die man vore sunder den bürgen, unde............ mach he dat getügen he hevet sinen borgen geledeget." Sächs. Weichb., Art. 116. Hamburger Stadtr. v. 1270, VI, 24; v. 1292, G. XXI; v. 1497, C. XII. Brünner Schöffensatzung, S. 397, Art. 211. Prager Rechtsbuch, Art. 123. Bunge, Stadtr. v. Reval, Bd. 1,

wie vor als die ursprüngliche Partei, deren Gegenwart vor Gericht die Hauptsache ist. Der Verbürgte muß jedoch in diesem Falle sich beim Gericht ausdrücklich dahin erklären, daß er bereit ist, dem Gegner zu antworten, damit sowol das Gericht, als auch der Gegner sich überzeugt, daß der Verbürgte freiwillig von selbst erschienen ist und dem Ausgang des Processes sich unterwerfen will [1]). Durch dieses freiwillige Anerbieten erklärt der frühere Verbürgte, daß er nicht mehr wie früher genöthigt ist, die Verhandlungen über den Proceß zu verschieben. Er will dadurch das Sachverhältniß so darstellen, als wie dasselbe bestehen würde, wenn der Verbürgte gleich am Tage der gegen ihn erhobenen Klage sich bereit erklärt hätte, sofort sich genau auf den Proceß einzulassen. Die gegebene Bürgschaft muß also als vollständig ungeschehen betrachtet werden.

Nur dann freilich, wenn Jemand Einen vor Gericht zu bringen sich verbürgte, der bereits als Gefangener vor Gericht gebracht zur Beendigung des Processes eine Frist bis auf den andern Tag erhielt, muß der Bürge persönlich mit dem Verbürgten vor Gericht erscheinen [2]). Denn der Gefangene, der aus hoher Achtung für seine freie Persönlichkeit trotz seiner Gefangennahme die Erlaubniß hat, statt in die Gewalt des Frohnboten sich begeben zu müssen, einen Bürgen zu nehmen, kann doch nicht, wie ein vollkommener Freier und Verdachtsloser

---

S. 156, §. 34. Thomas, Oberhof zu Frankfurt, Urkundenbuch, Nr. 62: „und wann auch der, dem geboden ist geyn dem cleger an das richsgericht zu clage und antwurte komet und sinen selbs lib daran stellet, so sint burger oder guter, damit er ym endeschafft getan hette, ledig und lois.“ Mevius, Commentarius ad. jus Lub., lib. III, tit. V, art. 4, No. 1. Hering, De fidej, c. 20, §. 23, No. 1. Bartolus, Gloss. s. q. reum, No. 2. Menochii Cons., cons. 212, No. 18.

1) Sächs. Landr., III, 9, 3: „kumt die man vore sunder den burgen unde büt he sik vor gerichte to rechte“. Richtsteig d. Landr., Art. 52. Hamburger Stadtr., a. a. O.

2) Sächs. Landr., II, 9, 3; III, 9, 4: „Sve aver borget enen gevangenen weder to antwerdene, dat mut die bürge vulbringen dat he weder geantwerdet si also sin gelovede stunt, unde nicht die gevangene man.“ Richtsteig d. Landr., Buch 1, c. 34. Prager Rechtsbuch, Art. 124.

seine frühere Gefangenschaft in dem Grade für nichtig erklären, daß er durch sein alleiniges Erscheinen vor Gericht im Stande wäre, den Bürgen vollständig von seiner Verpflichtung zu befreien. Wenngleich der Angeschuldigte sich nicht mehr in persönlicher Gefangenschaft befindet, so dauert doch die Wirkung dieser früher eingetretenen Gefangenschaft in der Weise fort, daß der Verbürgte in Bezug auf das freie Verfügungsrecht über seine Person durch eine gewisse Abhängigkeit vom Bürgen, gleichsam dem Nachfolger des frühern Gefangennehmers, beschränkt ist. Daher kann nur der Bürge den Verbürgten vor Gericht stellen, nicht ist letzterer im Stande, sich freiwillig vermöge freien Verfügungsrechts über seine Person dem Gericht zu unterwerfen. Der Bürge ist gleichsam als Gewalthaber des Verbürgten allein im Stande, das Erscheinen des letztern vor Gericht und die Beendigung des Bürgschaftsverhältnisses zu beweisen.

§. 7.

Fortsetzung.

Während gewöhnlich mit dem Erscheinen des Verbürgten vor Gericht der Bürge von aller Verbindlichkeit frei wird, so kann er dagegen beim Ausbleiben desselben sehr großen Nachtheil erleiden. Die Beurtheilung dieses Falls hängt genau mit der Stellung zusammen, welche der Bürge durch seine Verbindlichkeit einnimmt. Die Verpflichtung des Bürgen enthält nämlich weder eine solidarische Obligation, noch eine Correalobligation, noch eine Novation in Bezug auf die Verbindlichkeit des Verbürgten. Denn der Bürge ist verpflichtet, an dem bestimmten Termin den Verbürgten zu stellen und dieser ist auch ihm gegenüber verbunden, sich am Gericht einzufinden, damit ihn der Bürge dem Gericht überliefern kann. Zugleich verspricht der Bürge, daß, wenn er auch selbst nicht am Gerichtstermin erscheint und den Verbürgten stellt, der Verbürgte sich doch wenigstens freiwillig dem Gericht stellen werde. Der letztere ist zugleich dem Bürgen und dem Gericht gegenüber verbunden, an dem Termin vor Gericht zu erscheinen, und sich entweder stellen zu lassen oder sich von selbst

dem Gericht zu überliefern. Der Bürge haftet dem Gericht aus seiner Bürgschaft, der Verbürgte haftet wegen der vom Bürgen übernommenen Bürgschaft dem letztern, zugleich aber auch daneben als ganz selbstständige Proceßpartei dem Richter wegen des vor dem letztern anhängig gemachten Processes. Erst dann wenn der Verbürgte sich nicht stelleu läßt, oder sich nicht freiwillig stellt, gilt die Bürgschaft für unerfüllt. Eine solidarische Obligation auf Seiten des Bürgen und Verbürgten ist daher nicht vorhanden. Denn sowol die Entstehung ihrer Verbindlichkeiten ist eine verschiedene, als auch die Art und Weise sie zu erfüllen. Damit ist denn zugleich auch die Annahme einer Correalobligation für ihre Verbindlichkeiten unzulässig, obgleich sie sich dadurch der Natur einer Correalobligation annähern, daß, wenn der Verbürgte sich selbst dem Gericht überliefert, die Verbindlichkeit des Bürgen von selbst aufhört. Ihre beiderseitigen Verbindlichkeiten theilen das mit einer Correalobligation, daß, wenn der Bürge oder der Verbürgte dem Gericht gegenüber seine Verbindlichkeit erfüllt hat, keiner gegen den andern wegen der Leistung eine Regreßklage hat.

Da die Bürgschaft mit der Verbindlichkeit des Verbürgten weder durch das Band einer Correal- noch einer Solidarobligation verbunden ist, so übersieht Girtanner [1]), wenn er sagt: „gewohnheitsrechtlich hat sich der Satz in Deutschland gebildet, daß bei dem fidejussor judicio sisti das beneficium excussionis nicht gilt", den wirklichen Grund und die innere Nothwendigkeit dieser Regel. Das Recht auf das beneficium excussionis kann nach dem ältern Deutschen Recht der Bürge gar nicht ansprechen, weil er ja gelobt hat, daß er den Verbürgten stellt, während der Verbürgte gelobt hat, daß er sich stellen läßt, oder daß er sich freiwillig dem Gericht stellt. Diese letztere Verpflichtung enthält eine ganz selbstständige Verpflichtung desselben, welche keineswegs der Verbindlichkeit des Bürgen gleichsteht. In der Verpflichtung des Bürgen, den Verbürgten zu stellen, ist nicht ein Recht auf die Einrede der Vorausklage, sondern auf die der Voraus-

---

1) Girtanner, Die Bürgschaft, S. 435, Note 15; vergl. außerdem Mevius, Decis., pars. I, dec. 229, No. 4; pars. II, dec. 370, No. 2. Glück, Erläuterung d. Pandekten., Th. 3, §. 246. Stübel, a. a. O., §. 1702.

stellung des ursprünglichen Betheiligten enthalten, um dadurch von sich alle Folgen des gegen den Verbürgten erhobenen Processes abzuwenden. Wie den letztern bei Errichtung der Bürgschaft der Bürgensteller bezüglich seiner Verpflichtung vor sich stellt, so stellt zu ihrer Beendigung der Bürge den Verbürgten vor sich.

Die Bürgschaft enthält ferner nicht eine Novation für den Verbürgten, weder in Bezug auf dessen Verbindlichkeit vor Gericht zu erscheinen, noch in Bezug auf dessen Parteirolle. Der Verbürgte verbleibt dem Bürgenempfänger gegenüber nach wie vor der wahre und ursprüngliche Hauptgegner. Ist das Erscheinen des Klägers verbürgt worden, so behält er sein Klagrecht, die Art und Weise seiner Beweismittel und seiner Beweisführung, sein Recht, die Leistung, die Strafe des Gegners in Empfang zu nehmen. Wird das Erscheinen eines Angeklagten verbürgt, so hat er selbst seine Einreden, seine Beweismittel vorzubringen, die Abweisung des Gegners zu fordern.

Aus diesem Verhältniß des Bürgen zu dem zu stellenden Verbürgten folgt, daß dann, wenn echte Noth, wie z. B. Krankheit oder Gefangenschaft den Verbürgten hindert, sich stellen zu lassen, oder sich selbst dem Gericht vorzustellen, beide einstweilen von ihrer Verpflichtung befreit werden [1]), beide berechtigt sind, den Beweis ihrer Entschuldigung zu führen. Der Bürge ist deswegen dazu berechtigt, weil er den Verbürgten stellen soll. Vermöge seiner Verpflichtnng, sich stellen zu lassen, steht der Verbürgte in einer gewissen Abhängigkeit zum Bürgen. Dieser erscheint als Steller als ein actives Subject, der Verbürgte als zu Stellender wie ein passives Object. Wie ein Herr, ein Eigenthümer als solcher berechtigt ist, den Beweis über den Zustand der von ihm besessenen Objecte zu liefern, so auch ist der Bürge befugt, die echte Noth des von ihm zu stellenden Verbürgten zu beweisen [2]). Der Bürge hat gleichsam als In-

---

1) Sächs. Landr., II, 4, 3. Mevius, Commentarius ad. jus Lub. lib. III, tit. VI, art. 3, No. 1; vergl. auch Albericus de Rosatis, lib. II, quaest. 46, No. 10. Dolani, Senat. Decis. a Sequanor., dec. 6, No. 12. Richter, Consilia, vol. II, cons. 371.

2) Sächs. Landr., II, 4, 3; „sve aver burgen sat vore to komene,

haber des wie ein passives Object geltenden Verbürgten, das Recht, über dessen Zustand zu berichten. Da der Bürge zugleich aber auch berechtigt ist, sich selbst dem Gericht vorzustellen, als selbst handelndes Subject aufzutreten, so muß er auch, ebenso gut wie jede andere freie Person, über seinen Zustand, über seine echte Noth selbst Beweis führen können [1]). Das Deutsche Recht hat auch hier die passive und active Stellung des Bürgen bewahrt, und die aus diesem doppelseitigen Verhältniß sich ergebenden Folgen ebenfalls doppelseitig wirken lassen. Daher kann denn auch, wenn echte Noth des Verbürgten den letztern verhindert sich selbst zu stellen oder vom Bürgen sich stellen zu lassen, sowol der letztere als der erstere um einen neuen gerichtlichen Termin bitten. Mit diesen Grundsätzen stimmt auch das neuere Recht überein, ohne daß es freilich dieselben aus dem ältern Deutschen Recht erklärt [2]).

Wenn den Bürgen dagegen echte Noth verhindert, die Stellung des Verbürgten vor Gericht vorzunehmen, so befreit dieses keinen von seiner Verbindlichkeit. Denn der Verbürgte hat, wie er selbst sowol als der Bürge dem Gericht versprach, sich selbst freiwillig dem Gericht zur Fortsetzung des Processes darzubieten.

Wie nur die echte Noth des Verbürgten ihn sowol als seinen Bürgen entschuldigt, so auch ist nur sein ungerechtfertigtes Ausbleiben vor Gericht von Bedeutung. Die Folgen dieses Ausbleibens richten sich ganz nach der Lage des Verbürgten, nicht nach der des Bürgen. Der Bürge ist nicht berechtigt, noch einen neuen Termin vom Gericht zu fordern, sobald dieses dem Verbürgten nicht zusteht. Hat dagegen der Verbürgte ein solches Recht, so ist auch diese Rechtswohlthat dem Bürgen gestattet.

Ist daher z. B. der Verbürgte, der bei seiner Anwesenheit

---

nimt it ime echt not, dat he nicht vore komen ne mach, die echten not sal sin burge benomen, unde beweren uppe'n hilgen unde anders nein sin bode"; vergl. auch III, 10.

1) Sächs. Landr., a. a. O.

2) Carpzov, a. a. O., quaest. CXII, Nr. 128—130. Stadtr. v. Böhmen u. Mähren, S. 382. Stübel, a. a. O., §. 1700. Glück, Erläuterung d. Pandekten, Th. 3, §. 244, S. 379.

zu Haus und nicht im Gericht vorgeladen wurde, im ersten Termin ausgeblieben, so wird auch der Bürge, weil der Verbürgte hier erst nach drei Terminen als Ungehorsamer gilt [1]), einen zweiten, beziehungsweise dritten Termin erhalten, um den Verbürgten vorbringen zu können. Diese Fristerstreckungen werden aber nicht direct, und ausdrücklich dem Bürgen gegeben, sondern er hat sie von selbst, weil sie der Verbürgte erhält. Dieser, nicht der Bürge, wird auf den zweiten, beziehungsweise dritten Termin vorgeladen [2]).

Ist der gegebene Termin der letzte, und bleibt der Verbürgte aus ohne hinreichende Entschuldigung, so sind die Folgen dieses Ausbleibens je nach der Parteirolle des Verbürgten und je nach der historischen Entwickelung des Strafrechts sehr verschieden.

Erscheint der Bürge des Klägers ohne diesen vor Gericht, so wird zunächst gegen den letztern so verfahren, als wenn gar nicht die Person des Bürgen zugegen wäre [3]). Da der Verbürgte auf Aufforderung des Richters nicht erscheint und seine Anklage fortsetzt, so wird nach dem ältern Recht der im Gericht anwesende Verklagte freigesprochen [4]), der verbürgte aber abwesende Ankläger dagegen zu Buße und Wette verurtheilt [5]). Diese Verurtheilung des Verbürgten geht indirect auch gegen den Bürgen. Da er den Verbürgten nicht stellte, so muß er auch die Folgen dieser Nichtstellung tragen. Er hat dem Verklagten und dem Richter das Interesse zu leisten, was beide daran hatten, daß er den Verbürgten vor Gericht stellte. Er hat die Buße an den Angeschuldigten zu zahlen, weil er durch die Nichtstellung zeigt,

---

1) Platner, Hist. Entwickelungen, Bd. 2, S. 169, 171, 178, 179, 189, 190. Sachße, in d. Zeitschr. f. D. R., herausgeg. v. Reyscher, Bd. 16, S. 118—130.

2) Brünner Schöffenbuch, Art. 294. Hamburger Stadtr. v. 1292, M. XXVI; v. 1497, C. XIII. Auch das neuere Recht erkennt dieses an. Carpzov, a. a. O., quaest. CXII, Nr. 119—125. Stübel, a. a. O., §. 1700.

3) Vergl. Richtsteig d. Landr., Buch 1, c. 52.

4) Sächs. Landr., II, 8; III, 16, 1. Lex. Burgund., VIII, 5. Edict. Rot., c. 366.

5) Sächs. Landr., I, 53; II, 8.

daß es ihm gleichgültig ist, wenn der Verbürgte die von ihm erhobene Anklage durchzuführen unterläßt. Der Bürge muß dem Richter die Wette entrichten, weil er durch Nichtstellung des Verbürgten zeigt, wie wenig ihm daran liegt, daß der von ihm Verbürgte den gerichtlichen Termin einhält. Der Bürge erklärt sich durch die Nichtstellung gleichsam einverstanden mit dem Ausbleiben des Verbürgten, welcher dem Gericht gegenüber verpflichtet war, sich zu stellen. Der Bürge haftet dem Gericht, weil er den Verbürgten nicht stellte, der Verbürgte dem Gericht, weil er sich nicht stellen ließ oder sich nicht selbst dem Gericht stellte, der Verbürgte dem Bürgen, weil er sich nicht vor Gericht einfand, um sich von ihm stellen zu lassen. Der Richter, der Angeklagte haben daher auch vollständig freie Wahl, von wem sie ihr Geld nehmen wollen, vom Bürgen oder vom Verbürgten. Der Bürge kann nicht fordern, daß sie sich zuerst an den Verbürgten wenden, denn er hat ihn ja nicht gestellt. Der Verbürgte ist nicht berechtigt zu verlangen, daß sie sich zuerst an den Bürgen halten, denn er war auch dem Richter gegenüber verpflichtet, sich stellen zu lassen, beziehungsweise sich selbst zu stellen.

Wie bei der Bürgschaft für einen Ankläger derselbe und nicht der Bürge die wahre Partei bleibt, so verhält es sich auch bei der Bürgschaft für einen Angeschuldigten. Dieser wird vor Gericht geladen, dieser erhält die Fristerstreckungen, dieser wird, wenn er nach dreimaliger Vorladung ausbleibt, in die Acht erklärt und verurtheilt.

Auch hier hat der Bürge, da er den Verbürgten nicht stellte, das Interesse zu prästiren, was der Gegner und der Richter daran hatten, daß der Verbürgte vor Gericht erschien. Der Bürge wird in Bezug auf die Folgen des Ausbleibens dem Verbürgten ursprünglich vollständig gleichgestellt. Da nach dem ältesten Recht die Verbrechen mit Geld gesühnt werden, so ist diese Gleichstellung leicht ausführbar. Das Geld des Einen ist so gut wie das des Andern. Diese Gleichstellung des Bürgen mit dem Verbürgten bezüglich der wegen des ausgebliebenen Verbürgten eintretenden Folgen mußte aber in seiner consequenten Fortbildung zu sehr gefährlichen Folgerungen für den Bürgen führen, als später der Ankläger, welcher seine Anklage nicht durch-

führt, mit der Talion [1]), der eines Verbrechens Ueberwiesene peinlich bestraft wird. Am deutlichsten zeigt sich der Gegensatz des alten und neuen Strafrechts, die Sühnung des Verbrechens mit Wergeld und die Strafe an der leiblichen Person des Verbrechers, die Zurechnung der That an dem Vermögen und an der Person des Thäters in den Grundsätzen des Sachsenspiegels über die Bürgschaft. Nach ihm ist nämlich der Bürge in allen den Fällen, in welchen er sich verbürgt, den eines Ungerechts Angeklagten vor Gericht zu bringen, nur verpflichtet, bei dessen Ausbleiben dessen Wergeld zu leisten [2]). Diese Regel würde nichts Auffallendes enthalten, wenn nicht bereits in vielen Bestimmungen des Sachsenspiegels sich Grundsätze des neuen Strafrechts, namentlich der Deutschen Reichsgesetzgebung, vorfänden, welche für schwere Verbrecher, wie für Diebe, Räuber, Brenner, die Todesstrafe festsetzten [3]). Da der Bürge nach dem ältern Recht vollständig die Strafe des Verbürgten zu erleiden hat, wenn er den letztern nicht an dem bestimmten Termin vor Gericht stellt, so hätte nach einer strengen, consequenten Durchführung des Princips der Vertretung der Bürge die peinliche Strafe erleiden müssen, welche nach dem neuern Strafrecht den überwiesenen Verbrecher trifft. Der Sachsenspiegel hält aber noch allzu fest an dem altdeutschen Grundsatz, daß der Grundbesitz dasjenige ist, was Jemanden verbürgt [4]). Da das Grundstück eines Freien an Werth seinem Wergeld gleichzustehen pflegt, das Wergeld aber die Person vertritt, so vertritt auch das

---

1) Schwäb. Landr. v. Wackern. c. 342. Grimm, Weißth., I, Kyburger Oeffnung., S. 18, §. 6. Richthofen, a. a. O., Westerwold. Landr., c. 13, §. 13; Küren v. Wimbritzeradel, §. 24. Vergl. auch Lex Bajuvar., tit. VIII, c. 17, §. 1. Lex Salic., tit. 21. Platner, Histor. Entwickelungen, Bd. 2, S. 273, 274. Köstlin, in d. Zeitschr. f. Deutsch. R., herausgeg. v. Reyscher, Bd. 15, S. 388, 389.

2) Sächs. Landr., III, 9, 1. Rigisches Ritterrecht, CXCV. Sächs. Weichb., Art. 115. Richtsteig d. Landr., Buch 1, c. 52. Prager Rechtsbuch, Art. 121. Brünner Schöffenbuch, Art. 38.

3) Sächs. Landr., II, 13, 1, 3—7. Pertz, Monum. Germ., tom. IV, Henrici II. leg. 1019, c. 2.

4) Siehe §. 1.

Grundstück die Person. Wie den Angeklagten sein Grundbesitz verbürgt, so auch hat der Bürge, wenn er beschwört, daß er den Verbürgten nicht habe auffinden können [1]), nur mit seinem Grundstück die Folgen der Bürgschaft zu tragen. Es liegt daher in der Verpflichtung des Bürgen den Verbürgten zu stellen, stillschweigends die Erklärung, daß er mit seinem Grundbesitz bürgt. Da der Bürge, welcher die leibliche Person des verbürgten überwiesenen Verbrechers nicht stellt, die factische Vollziehung der peinlichen Strafe an dem Körper des Verbürgten einstweilen verhindert, so muß er als dessen Stellvertreter dessen Wergeld leisten. Der Betrag des Wergelds richtet sich nach dem Stand des Angeschuldigten und nach der Beschaffenheit des ihm vorgeworfenen Verbrechens. In dem Fall, wo auf das Verbrechen die Todesstrafe steht, hat der Bürge das ganze Wergeld zu leisten. Da die ganze Persönlichkeit des Verbürgten vernichtet werden soll, so muß auch als dessen Vertreter das ganze Wergeld entrichtet werden. Wenn dagegen die Strafe nicht die ganze Person, sondern nur ein Glied des Verbürgten, z. B. eine Hand vernichtet, so wird auch nur gleichsam als Stellvertreter der halben Person die Hälfte ihres Wergelds geleistet [2]). Diese Leistung des Bürgen erscheint nicht mehr wie früher als die Leistung der Strafe für das dem Verbürgten vorgeworfene Verbrechen, sondern als eine Strafe dafür, daß er den verbürgten Gegenstand nicht stellte. Der Bürge wird hier gerade so behandelt, als hätte er eine Sache vor Gericht zu bringen sich verbürgt. Wie er hier den Werth des nicht vorgebrachten Gegenstandes zu ersetzen hat, so muß er dort den Werth der abwesenden Person leisten. Daraus folgt denn auch, daß Mehrere, wenn sie zugleich denselben Angeschuldigten vorzubringen sich verbürgen, zusammen nur einmal dessen Wergeld zu leisten

---

1) Richtsteig d. Landr., Buch 1, c. 52. Goslarsche Statut., S. 58, Z. 30—37; vergl. auch Maurer, Ueber angelsächs. Marken-Verhältnisse, in der Zeitschr. f. D. R., Bd. 16, S. 235.

2) Sächs. Weichb., Art. 32. Sächs. Landr., herausgeg. v. Zobel. Urtheile der Schöffen zu Magdeburg, Th. 3, c. 1, dis. 6 Rigisches Ritterrecht, CXCV.

haben [1]). Denn ein Wergeld vertritt den Verbürgten vollständig, er hat nur ein einziges Wergeld, eine einzige Persönlichkeit vor einem Gericht. Da der Bürge, welcher beschwört, er habe den Verbürgten nicht auffinden können, beim Ausbleiben des Verbürgten an dessen angeblichem Verbrechen unbetheiligt erscheint, so enthält denn auch die Verflichtung des Bürgen, das Wergeld des vor Gericht ausgebliebenen Verbürgten zu zahlen, für ihn in keiner Weise eine Verminderung seines Rechts, seiner Ehre [2]). Es gilt hier noch der Grundsatz des ältern Deutschen Strafrechts, daß das Wergeld, welches ja im Nothfall die am Verbrechen unbetheiligte Familie zu zahlen hat, sich dadurch von jeder andern Buße unterscheidet, daß es auch von dem Schuldlosen geleistet werden muß [3]). Dem Hauptzweck des ältern Wergeldsystems, dem verletzten Privaten Genugthuung zu verschaffen, entspricht es denn auch, daß der Ankläger und nicht der Richter das vom Bürgen zu zahlende Wergeld erhält [4]). Der Richter erhält blos als seinen Antheil sein Gewette von der Wergeldsumme. Nur dann, wenn sich Jemand Einen vor Gericht zu bringen verbürgt, der bereits schon einmal verfestet ist, bekommt der Richter beim Ausbleiben des Verbürgten dessen Wergeld vom Bürgen. Denn der Richter, welcher über den Ausgebliebenen zum zweitenmal die Verfestung ausspricht, hat durch die bereits schon einmal ausgesprochene Verfestung und durch das auf Beweis des Klägers hin gegen den Angeschuldigten erlassene Todesurtheil [5]) denselben vollständig der öffentlichen Strafgewalt unterworfen. Die Bürgschaft für das Er-

---

1) Richtsteig d. Landr., Buch 1, c. 52.

2) Sächs. Landr., I, 65, 3: „Sve so ok borget enen man um ungerichte vor to bringene, of he en nicht vorbringen ne mach, he mut sin weregelt geven, unde ne scadet deme to sime rechte nicht die ine geborget hadde.“ Sächs. Weichb., Art. 31, 115.

3) Vergl. Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 370.

4) Sächs. Landr., III, 9, 1: „Sve so burge wirt enes mannes ine vor to bringene vor gerichte . . . gat ime die klage an den lief, he mut sin weregelt geven dat sal werden deme klegere unde nicht dem richtere, sin wedde hevet he aver dar an.“ Sächs. Weichb., Art. 115.

5) Budde, Ueber Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit, Echtlosigkeit, S. 74, 75.

scheinen des Verfesteten wird daher nur ihm geleistet. Er bekommt daher allein das Wergeld des Ausgebliebenen, weil durch dessen Ausbleiben allein das öffentliche Interesse berührt ist. Manche Rechte, welche das Wergeld und die Privatgenugthuung nicht mehr berücksichtigen, geben überhaupt nur dem Richter das Recht auf eine bestimmte Summe, wenn der Bürge trotz seiner Mühe den Verbürgten nicht stellen konnte [1]). Erhält der Kläger das Wergeld des Verklagten, so erlangt er einen Vermögensvortheil, welchen er nicht erhalten haben würde, wenn der Bürge den Verklagten gestellt hätte. Auch wird durch diesen Vortheil des Privaten in keiner Weise das öffentliche Interesse hintenangesetzt. Denn neben dieser Leistung an den Kläger bleibt natürlich die peinliche öffentliche Strafe für den Verklagten bestehen, sobald der Kläger seine Anklage bewiesen hat. Dieser Beweis bewirkt, daß der Angeschuldigte, welcher wegen seines Ausbleibens verfestet ist, immer zum Tode verurtheilt wird [2]). Auf diese Weise zeigt sich hier bei der Bürgschaft eine Vereinigung des ältern und neuern Strafrechts. Der Bürge, welcher beim Ausbleiben des Verbürgten dessen Wergeld an den Privatkläger zu entrichten hat, erscheint als Vertreter des ältern, hauptsächlich die privatrechtliche Genugthuung des Verletzten berücksichtigenden Strafrechts, der Verbürgte, welcher an seiner Person wegen des Verbrechens bestraft wird, als Repräsentant der neuern, hauptsächlich die Herstellung der verletzten öffentlichen Sicherheit beachtenden öffentlichen Strafgewalt [3]).

---

1) Goslarsche Statut., S. 58, Z. 30—37: „Borghet en man den anderen vor gherichte, bringhet he ene to rechter tid nicht vore, he scal wedden dem voghede sestich schillinghe lüttiker penninghe, unde sweren dem voghede unde dem sakwolden, dat he den man osten unde westen suden unde norden nerghen ne wete dat he ene hebben möghe also alse he ene to rechte vore bringen möghe.“ S. 89, Z. 15—21; S. 428. Kulm. Recht, III, 59.

2) Budde, a. a. O., S. 74, 75.

3) Schott, a. a. O., Bd. 3. Freiberger Recht, Art. 5, §. 14: „ist abir daz ein man borget einen anderen man umme einen totslac oder umme wunden und sprichet also: her richter, ich han einen vrien hof oder ich habe da einen hof.. da wil ich in mite borgen.. gibet man in also zu borge und kumet jenre nicht... so ist der hof oder das erbe verlorn.... und der burge

Während der Sachsenspiegel zu Gunsten des Bürgen zwischen dem ältern Volksrecht und der neuern Strafgesetzgebung auf eine geschickte Weise zu vermitteln sucht, so werden die Folgen der Bürgschaft nach denjenigen Rechten gefährlicher, welche zwar den Bürgen den Verbürgten vertreten lassen, aber diese Vertretung nur noch ausnahmsweise oder gar nicht mehr mit Grundbesitz, mit Wergeld gestatten. Nach einigen dieser Rechte haftet der Bürge nur noch dann blos mit seinem Grundbesitz beim Ausbleiben des Verbürgten, wenn er ausdrücklich mit diesem für das Erscheinen des Verbürgten einzustehen versprochen hat [1]). Während früher, wenn Jemand sich verbürgte, den eines Verbrechens Angeschuldigten vor Gericht zu stellen, es sich von selbst verstand, daß der Bürge mit seinem Grundbesitz für den Verbürgten haftet — denn der Grundbesitz vertritt die Person —, ist es nun zu dieser bloßen Haftung des Grundbesitzes ausdrücklich nöthig, daß der Bürge besonders erklärt, „er wolle sich mit letzterm verbürgen". Der ursprünglich so innige alte Zusammenhang des Grundbesitzes mit der Person seines Inhabers, mit dem Wergeld ist schon gelockert, die früher von selbst eintretende Bürgschaft des Grundbesitzes besteht nicht mehr, dieselbe bedarf einer besondern Erwähnung, um sich geltend zu machen. Ist daher von dem Bürgen nicht ausdrücklich erklärt worden, daß er mit seinem Grundbesitz haften wolle, so muß er mit seiner Person für den Verbürgten haften.

Andere Rechte, vorzugsweise der Schwabenspiegel, gehen sogar so weit, daß sie vollständig die Verbürgung des Grundbesitzes beim Bürgen aufheben, gar keinen innern Zusammen-

---

ist ledic und jenen sal man dazu verceln uf sinen Hals." Vergl. auch Glosse z. Sächs. Landr., III, 10.

1) Schott, a. a. O., Bd. 3. Freiberger Stadtr., V, 14: „Borget ein man einen anderen man umme einen totslac oder umme kampere wunden und sprichet also, her richter ich werde sin burge ich wil in gestellen in daz dinc und sprichet he daz einvaldikliche und benennet nicht kein eigen noch kein erbe und geloubet man is im und kumit jenre nicht vor und antwertet, der burge ist bestanden mit sime halse und jenen sal man dazu verzelen uf sinen hals." Ueber die folgenden Worte der Stelle siehe die vorhergehende Note.

hang zwischen dem Grundbesitz des Bürgen, zwischen dem Betrag seiner Bürgschaft und des Wergeldes annehmen. Zwar dem Angeschuldigten selbst wird aus Hochachtung für die persönliche Freiheit gestattet, daß er die persönliche Haft vermeiden kann, sobald er sein Erscheinen vor Gericht durch ein im betreffenden Gerichtsbezirk befindliches hinreichendes Vermögen zu verbürgen im Stande ist [1]). Der Angeschuldigte hat noch einen Anspruch auf diese Rechtswohlthat, weil er ja genöthigt ist, sich auf die Anklage einzulassen, die ein Jeder durch seine bloße, mit keinem sonstigen Beweismittel unterstützte Aussage erheben kann. Wenn dagegen ein Dritter, der gar nicht an dem Proceß betheiligt ist, freiwillig sich für den Angeschuldigten verbürgt, so wird angenommen, daß er an dem Angeschuldigten Theil nimmt. Stellt er nun nicht die Person des Angeschuldigten, so nimmt man an, er habe dieses absichtlich gethan aus persönlichem Interesse, entweder um den Angeschuldigten einer persönlichen peinlichen Strafe zu entziehen, oder um die Entdeckung seiner Betheiligung an dem dem Verbürgten vorgeworfenen Verbrechen zu verhüten. Nach diesen Rechten ist daher namentlich beim Todtschlag [2]) nur eine Verbürgung der Person des Bürgen für die Person des Verbürgten statthaft. Der Bürge muß entweder ausdrücklich erklären, mit seiner Person, mit seinem Leben für den Verbürgten einstehen zu wollen [3]), oder diese Verpflichtung versteht sich bei Uebernahme der Bürgschaft von selbst. In beiden Fällen tritt der Bürge bezüglich der Strafe des ausgebliebenen Verbürgten vollständig an dessen Stelle [4]). Hat der Verbürgte, welcher durch

---

1) Schwäb. Landr. v. Laßberg, c. 112: „Swa zwene clagent... umbe ungerihte,... hant.. si gut in dem gerihte, daz der clage wert ist, so bedurfen si dekeinen bürgen setzen"; c. 96.

2) Schwäb. Landr. v. Laßberg, c. 265: „wirt aber jeman burge umbe den totslag, man toetet in alse jenen"; c. 100: „Swer uz borget einen man von einem rihter, daz er in fürbringe umbe ungerihte, ob er in nüt für bringet, er müz allez daz liden, daz jener liden solte."

3) Gengler, Stadtr., Wiener Stadtr. v. 1221, §. 9: „si autem homicida non habet nec potest ostendere infra murum valens L talenta, et tamen fidejussorem pro se invenire poterit, ille fidejussor fidejubeat pro eo sub periculo et perditione propriae personae."

4) Schwäb. Landr. v. Laßberg, c. 265. Prager Rechtsbuch, Art. 129:

sein Ausbleiben vor Gericht dem Ankläger das Beweisrecht für seine Anklage einräumt, wegen seines Verbrechens eine Strafe an Leib, Leben, Ehre oder Gliedern zu erleiden, so muß auch dieselbe Strafe der Bürge erdulden. Die Wirkungen der Bürgschaft treffen den Bürgen um so härter, weil der Verbürgte als der ursprünglich alleinige Verklagte gilt und bleibt, er allein, nicht auch der Bürge, ist befugt, mit Eid, mit Eideshelfern, mit Zeugen, mit Ordalien, die Vertheidigung gegen die Anklage zu führen. Der Bürge ist in Bezug auf die Vertheidigung ganz abhängig vom Verbürgten, der Bürge ist nicht im Stande, selbstständig auf den Ausgang des Processes einzuwirken. Allerdings hätte eine weiter fortgeschrittene Entwickelung des Strafrechts verlangt, daß, wenn man einmal den Bürgen wie einen wirklichen Theilnehmer des dem Verbürgten vorgeworfenen Verbrechens bei dessen Ausbleiben behandelt, man auch dem Bürgen bezüglich der gegen den Verbürgten erhobenen Anklage ein selbstständiges Vertheidigungsrecht und Beweisrecht einräumte. Da er die Person des Verbürgten bezüglich der Strafe vertritt, so müßten ihm auch die dieser Person zustehenden Beweismittel zustehen. Während daher in der ältesten Zeit, wo der Bürge die vom Verbürgten zu leistende Compositionssumme zu leisten hat [1], sich das Resultat der Bürgschaft einer Römischen Correalverpflichtung annähert, weil die Zahlung des Einen den Andern befreit, so ergibt sich jetzt, da Bürge und Verbürgter beim Ausbleiben des letztern peinlich bestraft werden, als Folge der Bürgschaft eine Solidarverbindlichkeit aus Verbrechen. Diese Verbindlichkeit des Bürgen ging sogar so weit, daß er selbst dann, wenn er den Verbürgten nicht stellen konnte, weil er todt war, mit seiner Person für das Verbrechen des Verbürgten haften mußte [2].

„Wirt ymant fur den anderen purgen umb totslag oder umb vunden, gestelt er in nicht, er muz an sein stat sten.“ Jütisch. Low, II, c. 63. §. 2. Vergl. auch Bartholomaeus à Chassenaeo, Consuetud. duc, Burgund., p. 221, No. 169, welcher aus Gnade anstatt der Todesstrafe die Vermögensconfiscation des Bürgen verordnet.

1) Vergl. Lex Alamann., tit. 36, c. 3.

2) Schwäb. Landr., v. Laßberg, c. 265: „Wirt aber jeman bürge

Wegen dieser so harten Folgen der Bürgschaft warnen daher auch die Rechte vor ihrer Uebernahme [1]). Ist sie aber dennoch einmal übernommen, so treten auch ihre Folgen ein [2]).

§. 8.

Fortsetzung.

Diese so harte Bestrafung des Bürgen mußte aber allmälig aufhören und einer mildern Bestimmung weichen, wenn man nicht wollte die Bürgschaft ganz verdrängen, den Hauptgrundsatz des neuern fortgeschrittenen Strafrechts, daß das Verbrechen ausschließlich der Person des Verbrechers zuzurechnen ist, wieder aufheben und den möglicherweise ganz unschuldigen Bürgen als einen Theilnehmer des Verbrechens erklären. Denn der Bürge beweist zwar durch seine Bürgschaft seine Theilnahme am Verbrecher, nicht aber seinen Antheil am Verbrechen.

Bei dem allmälig immer mehr zunehmenden Einfluß des Unterschiedes zwischen dolus, culpa lata und casus auf dem Gebiet des Criminalrechts müssen die beiden sich schroff entgegenstehenden Principien des Sachsenspiegels und Schwabenspiegels einem dritten weichen, dessen Inhalt sich mehr dem des Sachsenspiegels als dem des Schwabenspiegels annähert. Während aus dem Schwabenspiegel die Strafe der Talion sich noch in der Weise erhält, daß der Gefängnißwärter, dessen Stelle der Bürge früher gewissermaßen vertrat, dieselbe Strafe wie der Gefangene erleidet, wenn er doloserweise das Entkommen des Gefangenen verstattet [3]), so enthält dagegen die allge-

---

umbe den totslag, man toetet in alse jenen. daz ist also gesprochen. waz der man tot do er bürge wart, den man lobete für ze bringen er stirbet für in."

1) Schwäb. Landr., a. a. O.: „ez sol nieman bürge werden umbe den totslag."

2) Schwäb. Landr., a. a. O.

3) L. 4 C. de cust. reo (9, 4). Carolina, Art. 180. Feuerbach

meine Regel, daß der Bürge beim Ausbleiben des Verbürgten eine Geldsumme bezahlt, eine Anwendung der im Sachsenspiegel üblichen Lehre. Während hier das neuere Recht und das ältere Deutsche äußerlich ähnlich sind, so sind dagegen die Rechtsideen, welche beide zu demselben Resultat führen, höchst verschieden. Nach dem ältern Deutschen Recht hat der Bürge nur Geld zu bezahlen, weil die Person des verbürgten aber ausgebliebenen Angeschuldigten eine Schätzung in Geld zuläßt. Nach dem neuern Recht haftet der Bürge nur mit Geld, weil er sich nicht durch einen bloßen Vertrag zu einer peinlichen Strafe, gar zur Todesstrafe verpflichten kann. Der einzelne Privatmann ist nicht dergestalt Herr über seine leibliche Person, daß er aus einem Vertrag sich zu verpflichten vermag, eine leibliche Strafe an seiner Person zu erdulden, wenn ein gewisses Ereigniß nicht eintritt [1]). Weil im neuern Recht namentlich unter dem Einfluß des Römischen Rechts das Gebiet des Privatrechts von dem des peinlichen Rechts getrennt ist, so kann auch eine Person nicht durch einen Privatvertrag sich zu etwas verpflichten, was außerhalb des Privatrechts liegt. Nach dem Vertragsrecht kann sich der Private nur zu einzelnen, zeitweisen, im Verhältniß zur gesammten vermögensrechtlichen Persönlichkeit gewöhnlich nur geringen Verbindlichkeiten verbindlich erklären. Er ist daher nicht im Stande, durch einen bloßen Vertrag eine Verpflichtung zu übernehmen, deren Erfüllung seine leibliche Persönlichkeit entweder vollständig vernichtete, oder doch an einzelnen Gliedern verkürzte, oder ihrer persönlichen Freiheit beraubte. Nach dem ältern Deutschen Recht ist beim Bürgen die Geldzahlung gestattet, weil dasselbe aus Hochachtung vor der persönlichen Freiheit die Unantastbarkeit der Person zu wahren sucht. Will sich aber der Einzelne derselben durch einen Vertrag entäußern, so ist ihm solches erlaubt. Im ältern Deutschen Recht zeigt sich hier die

---

a. a. O., §. 194. Uebrigens ist jetzt die Strafe der Talion nicht mehr praktisch. Martin, a. a. O., §. 117. Feuerbach, a. a. O., §. 533. Stübel, a. a. O., §. 1700.

1) Möller, Const. ord. Aug.; pars IV, c. 8. Klock, Relationes, rel. 123, No. 74—76. Just. Henning Böhmer, Consilia, pars II, con. 1094, No. 20. Hering, De fidejuss., c. 20, §. 9, No. 36, 37.

selbstständige, noch durch keine ausgebildete öffentliche Strafgewalt beschränkte Macht der freien Persönlichkeit, im neuern Recht dagegen die der öffentlichen Gewalt untergeordnete Stellung des Privaten, welcher nur innerhalb des Kreises des Vermögensrechtes sich ganz unbeschränkt verbinden kann.

Dieser Sonderung des Privatrechts, des Vermögensrechts vom öffentlichen, dem Strafrecht, entspricht es denn auch, wenn die jetzige Form der Bürgschaft lautet: „Der Bürge N. N. verspricht so und soviel Geld zu zahlen, sobald der Verbürgte nicht vor Gericht erscheint“ [1]). Der Bürge kann als Privatmann nicht durch einen Vertrag in das öffentliche Recht in der Art eingreifen, daß er gleich wie ein öffentlicher Beamter, wie ein Gefängnißwärter verspricht, den Verbürgten vor Gericht zu stellen. Diese Stellung kann nicht mehr wie früher bei der allgemeinen Theilnahme des Einzelnen am öffentlichen Gericht ein jeder aus dem Volk vornehmen, sondern nur der Beamte, weil er allein vermöge seines öffentlichen Amts das Recht haben kann, diesen die persönliche Freiheit beschränkenden Act vorzunehmen.

Aus dieser Form der Bürgschaft folgt, daß die Verpflichtung des Bürgen selbst dann eintritt, wenn er alle mögliche Mühe aufgeboten hat, um den Verbürgten zu bewegen, sich zu stellen. Der Bürge erscheint hier wie ein Schuldner, der für den Fall des Nichteintritts eines gewissen Ereignisses eine bestimmte Geldsumme zu zahlen verspricht. Wie der letztere zu dieser Geldleistung verpflichtet ist, sobald das Ereigniß, das an und für sich möglich war [2]), nicht eintritt, so auch ist der Bürge die Bürgschaftssumme zu leisten gehalten, wenn der Verbürgte, der sich stellen konnte, sich nicht stellt. Die eventuelle Natur der Verbindlichkeit des Bürgen ist hier reiner und unverfälschter erhalten als wie früher. Denn er ist nicht mehr wie früher verpflichtet, selbst den Verpflichteten zu stellen. Daneben trifft natürlich den Bürgen eine besondere Strafe, Geldstrafe oder Gefängniß, sobald er doloserweise das Ausbleiben des Verbürgten

---

1) Jagemann, Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde, Bd. 2, Nr. 173, 174.

2) Denn ist der Verbürgte krank oder sonst durch höhere Gewalt verhindert, so ist der Bürge nicht verpflichtet.

befördert. Die Verpflichtung des Bürgen beim unverschuldeten Ausbleiben des Verbürgten, die Cautionssumme zu leisten, ist für ihn keine wahre Strafe, sondern nur die Erfüllung eines von ihm gegebenen Versprechens. Denn enthielte dasselbe eine wirkliche Strafe, so müßte der Bürge auch berechtigt sein, seine Unschuld, mithin auch seine Unverbindlichkeit zur Cautionsleistung darzuthun. Denn eine wirkliche Strafe setzt doch immer eine Schuld voraus. Wenn daher nach Feuerbach [1]) die vom Bürgen zu leistende Geldsumme nur dann verfallen sein soll, wenn der Bürge die Flucht des Verbürgten verschuldet hat, so übersieht derselbe den historischen Entwickelungsgang, welchen hier die Bürgschaft genommen hat. Ebenso ist diejenige Ansicht, daß die Caution des Bürgen nicht allein ist eine cautio judicio sisti sondern auch eine cautio judicatum solvere, unrichtig. Denn die Summe, welche der Bürge wegen des Ausbleibens des Verbürgten zahlen muß, ist zwar der letztere dem erstern zu ersetzen verpflichtet, aber der Verbürgte wird zu ihrer Leistuug ohne Klage des Bürgen vom Gericht nicht direct verurtheilt [2]). Dieses müßte aber stattfinden, wenn die cautio auch eine cautio judicatum solvi enthielte. Der Ausdruck Bürgschaft darf hier nicht zu dem Glauben verleiten, daß der Verbürgte ursprünglich ganz dasselbe zu leisten hätte, was der Bürge leisten muß. Der Ausdruck Bürgschaft bedeutet hier nicht eine cumulative Intercession, sondern nur überhaupt Sicherheit für eine bereits bestehende Verbindlichkeit [3]). Der Bürge gibt dem Gericht Caution für das Erscheinen des Verbürgten. Damit ist aber nicht der Satz ausgesprochen, daß das Gericht auch von dem Verbürgten dieselbe Summe fordern kann, welche es vom Bürgen beim Ausbleiben des erstern fordern darf. Der Verbürgte ist nur verpflichtet vor Gericht zu erscheinen, dem Bürgen, nicht dem Richter bei seinem Ausbleiben die Cautionssumme zu ersetzen. Wie der Verbürgte nicht das-

---

1) Feuerbach, a. a. O., §. 533. Anderer Meinung sind: Stübel, a. a. O., §. 1700; Martin, a. a. O., §. 167.

2) Quistorp, a. a. O., §. 646. Dagegen ist Dorn, Commentar, Th. 2, §. 439, S. 581; Feuerbach, a. a. O., §. 533, Nr. 1; Martin, a. a. O., §. 117.

3) Siehe §. 1.

jenige an das Gericht zu leisten braucht, was der Bürge zu leisten versprochen hat, so auch braucht der letztere nicht diejenige Strafe zu erdulden, welche den Verbürgten trifft. Die Verhältnisse beider bestehen ganz getrennt von einander. In Bezug auf den Umfang der vom Bürgen beim Ausbleiben des Verbürgten zu leistenden Summe hielten trotz der Verkennung der ursprünglichen Bedeutung des Wergeldes und trotz seines tief gesunkenen Werthes im Verhältniß zum Geldwerth überhaupt doch noch die ältern Sächsischen Criminalisten fest an dem alt-deutschrechtlichen Grundsatz, daß, wenn nichts Anderes ausdrücklich bestimmt wäre, was sie allerdings anrathen, beim Ausbleiben des Verbürgten, dessen Wergeld vom Bürgen zu bezahlen ist [1]). Da aber das Wergeld in neuester Zeit vollständig seine Bedeutung verloren hat und gänzlich der Geschichte anheimgefallen ist [2]), so führt dieses folgerichtig dazu, daß je nach dem Ermessen des Richters [3]) mit Rücksicht auf die Verhältnisse des Angeschuldigten, auf die Beschaffenheit des Verbrechens bei Errichtung der Bürgschaft die Summe bestimmt wird, welche der Bürge im Fall daß der Verbürgte ausbleibt, an das Gericht leisten muß.

§. 9.

Die Einrede der Vorausklage.

Da der Bürge, welcher sich für das Erscheinen eines angeblichen Verbrechers oder Geldschuldners verbürgt hat, bei dessen Ausbleiben vor Gericht früher die Schuld oder die Compositionssumme des überführten Ausgebliebenen zu leisten hat, so wird er aus einem Proceßbürgen ein Zahlungsbürge. Aber nicht allein in dieser sondern auch in anderer Beziehung zeigt sich eine Aehnlichkeit dieser beiden Arten der Bürgschaft. Denn wie bei der Proceßbürgschaft, so auch dient hier die Form und der allge-

---

1) Vergl. z. B. Carpzov, a. a. O., pars. III, quaest. 112, No. 96, 97.

2) Stübel, a. a. O., §. 1695, Note c. Heil, Judex et defensor, c. 2, §. 19, p. 53.

3) Martin, a. a. O., §. 117. Quistorp, a. a. O., §. 646.

meine Begriff von Bürgschaft, ihre Stellvertretung für und durch das Pfand dazu, ihr Wesen zu erklären, namentlich auch die Streitfrage über die Einrede der Vorausklage zu entscheiden. Die meisten Germanisten pflegen, ohne dieses zu berücksichtigen, ihre Ansichten über diese Einrede auf die Aussprüche einzelner Quellen zu stützen. Da nun deren Inhalt verschieden zu sein scheint, so sind auch ihre Ansichten über die Einrede der Vorausklage sehr von einander abweichend. Nach Eichhorn muß der Bürge dann zahlen, wenn vom Gläubiger nichts zu erhalten war [1], nach Walter darf in den ältesten Zeiten der Gläubiger den Bürgen ohne weiteres pfänden [2], nach Beseler und Gengler besitzt der Bürge keine Einrede der Vorausklage [3], während Stobbe sie zuläßt [4]. Müller und Paulsen behaupten, daß nach den meisten nordischen Rechten sowie nach dem Jütischen Low der Bürge nicht subsiarisch haftet [5].

Bei Erklärung dieser Streitfrage ist zunächst zu unterscheiden, in welcher Form die Bürgschaft erfolgt ist. Denn auch hier gibt uns die Verschiedenheit der Form der Bürgschaft einen festen Anhaltungspunkt für die Entscheidung dieser Frage. Hat eine echte Bürgschaft stattgefunden, ist der Bürge allein für sich, nachdem bereits der Bürgensteller vorher allein sich verbindlich gemacht hat, vom Bürgensteller vor die Schuld gestellt worden für den Fall, daß der Hauptschuldner nicht in gehöriger Weise seiner Verbindlichkeit nachkommt, so muß, ehe der Bürge leisten soll, zuvor feststehen, daß bereits zwar der Termin der Leistung fällig ist, aber trotz dieser Fälligkeit die Erfüllung der Leistung unsicher ist. Im ältern Deutschen Recht wird aber gewöhnlich verlangt, daß der Gläubiger, um einen strafbaren Verzug auf Seiten des

---

1) Eichhorn, Deutsches Privatrecht, §. 71.

2) Walter, Deutsche Staats- und Rechtsgesch., §. 531.

3) Beseler, System d. Deutsch. Privatr., §. 128. Gengler, Lehrbuch d. Deutsch. Privatr., Bd. 1, S. 763. Vergl. außerdem Gerber, Deutsch. Privatr., §. 201. Mittermaier, Deutsch. Privatr., §. 295.

4) Stobbe, a. a. O., S. 124—130.

5) Müller, in d. Zeitschr. f. Deutsch. R., herausgeg. v. Reyscher, Bd. 1, S. 337—341. Paulsen, in derselben Zeitschr., Bd. 4, S. 124, 125, 135, 136.

Schuldners, in unserm Fall also des Hauptschuldners, zu begründen, den Schuldner gerichtlich hat auffordern, beziehungsweise verurtheilen lassen, zu leisten. Wenn nun auch nicht immer eine solche gerichtliche Aufforderung und Verurtheilung zur Begründung des Verzugs nöthig ist, so muß der Gläubiger doch wenigstens in Bezug auf den Verzug eines der Mittel, wie z. B. Ausstellung eines öffentlichen gerichtlichen Schuldbriefs, das Versprechen an einem bestimmten Tage ohne Hinderniß zu zahlen, angewandt haben, deren Nichtachtung auch ohne besondere Aufforderung zur Zahlung einen wirklichen Verzug auf Seiten des Schuldners begründet [1]). Da nun bei dieser Form der Bürgschaft der Hauptschuldner, der einen Dritten als Bürgen allein vor seine Schuld hinstellt, zunächst als alleiniger Urheber der Schuld gilt, so muß auch zunächst von seiner Seite feststehen, daß er in Verzug ist, um gegen den Bürgen mit Recht einschreiten zu können. Der Bürge vertritt gleichsam die Stelle eines Pfandes [2]), folglich hat derselbe in gewisser Weise ganz dieselbe Stellung, welche ein wirkliches vom Hauptschuldner gegebenes Pfand einnimmt. Wie nun der Gläubiger auch erst dann das Pfand veräußern darf, wenn der Schuldner trotz mehrmaliger Aufforderung dasselbe aus Verzug nicht einlöst, so auch kann erst beim Verzug des Hauptschuldners sich der Gläubiger an den das Pfandobject vertretenden Bürgen wegen der Leistung halten [3]).

Nach dem auf Seiten des Hauptschuldners stattgefundenen Verzug darf daher der Gläubiger unmittelbar gegen den Bürgen einschreiten. Ist durch das Gericht oder durch ein sonstiges

---

1) Platner, Hist. Entwickelungen, Bd. 2, S. 253, 254. Stobbe, a. a. O., S. 31—49.

2) Vergl. §. 1.

3) Wenn übrigens nach manchen neuern Rechtsansichten wie z. B. nach d. Entscheid. d. Kasseler Ober-App.-Gerichts in d. Zeitschr. f. Recht u. Gesetzgebung in Kurhessen, Bd.1, S. 255; nach Huber, Praelect. jur. civ., p. 910; nach Fr. Beckmann, Consilia, tom. II, p. 222 das beneficium excuss. bei demjenigen Bürgen hinwegfällt, der an einem bestimmten Tag zu zahlen versprach, so entspricht dieses dem ältern Deutschen Recht, weil nach einem solchen Versprechen der Bürge den Verzug des Hauptschuldners nicht berücksichtigen will.

Mittel der Verzug des verbürgten Hauptschuldners einmal eingetreten, so gilt das gegen den Verbürgten erfolgte Urtheil auch gegen den Bürgen in der Art, daß die an den Hauptschuldner vom Gericht gerichteteten Zahlungsaufforderungen und ihm eingeräumten Vertheidigungstermine dem Bürgen angerechnet werden. Das gegen den Hauptschuldner erfolgte Urtheil gilt daher auch in dieser Beziehung für den Bürgen. Macht sich der Verbürgte selbst ohne gerichtliche Aufforderung oder Verurtheilung vermöge einer besondern Bestimmung eines Verzugs schuldig, so gilt auch hier der bereits einmal stattgefundene Verzug des Hauptschuldners für den Bürgen. Der Bürge hat als solcher ein Recht darauf, daß erst der Verzug des Hauptschuldners feststehen muß, ehe er zu leisten braucht. Ist aber einmal derselbe festgestellt, so muß nun aber auch von Seiten des Bürgen die Leistung erfolgen. Derselbe hatte längst vor Einführung des Römischen Rechts ein Recht, welches dem Römischen beneficium excussionis ähnlich war. Im Deutschen lag diese Rücksicht auf den Verzug des Hauptschuldners von vornherein im Wesen der echten Bürgschaft selbst, während zum Römischen beneficium excussionis ein besonderes Privileg nöthig war.

Im Deutschen Recht ist die Einrede der Vorausklage von Seiten des Bürgen von vornherein mit seiner Stellung als eventuelles bedingtes Zahlungs- und Sicherungsmittel von selbst gegeben. Der Bürge braucht sich auf dieselbe nicht ausdrücklich zu berufen, wenn der Gläubiger gegen ihn klagt. Denn die Anstellung der Klage setzt eben voraus, daß bereits schon der Hauptschuldner in Bezug auf die Leistung sich in Verzug befinde. Im Römischen Recht dagegen, wo an und für sich der Bürge als ein Correalschuldner von Anfang an dem Hauptschuldner gleichsteht, muß der Bürge ausdrücklich die Einrede der Vorausklage vorbringen, sonst wird sie nicht von selbst angenommen. Im Deutschen Recht hat der Gläubiger, sobald er gegen den Bürgen klagt, zu beweisen und sich darauf zu berufen, daß der Hauptschuldner nach gerichtlicher Mahnung, Verurtheilung oder nach Anwendung eines sonstigen Mittels, um Verzug herbeizuführen, sich in Verzug befindet. Denn die bedingte Haftung des Bürgen entspricht der Form und dem Zwecke der echten Bürgschaft. Im Römischen Recht kann der Gläubiger

direct gegen den Bürgen auf Leistung klagen, ohne irgendwie erwähnen zu müssen, daß der Verbürgte bezüglich der Leistung sich bereits in Verzug befindet. Es wird rein in das Belieben des verklagten Bürgen gestellt, ob er sich auf die Einrede der Vorausklage berufen will. Beabsichtigt er sie anzuwenden, so muß er auch den Beweis ihrer Anwendbarkeit führen. Denn im Römischen Recht streitet die Vermuthung gegen eine bedingte Haftung des Bürgen [1]), während sie in dem Deutschen Recht in dem Wesen der Bürgschaft selbst liegt. Dieser Gegensatz zwischen Deutschem und Römischem Recht würde die Lage des Römischen Bürgen im Gegensatz zu der des Deutschen weit nachtheiliger machen und zu ungünstigern Resultaten für ihn führen, wenn bei der Einrede der Vorausklage in Bezug auf das Vermögen des Verbürgten ganz dieselbe Lage vorausgesetzt würde als wie sie im Deutschen Recht erfordert wird. Aber die Einrede der Vorausklage im Römischen Recht unterscheidet sich in einem Hauptpunkt bedeutend von der im Deutschen Recht, welcher Unterschied die ungünstigere Stellung des Bürgen im Römischen Recht zu der des Bürgen im Deutschen Recht bezüglich dieser Einrede bedeutend mildert.

Nach dem Begriff des Römischen Privilegs muß nämlich der Gläubiger, um gegen den Bürgen einschreiten zu können, nicht allein gegen den Bürgen geklagt, sondern auch nach dessen erfolgter Verurtheilung von ihm vergeblich die Leistung der Schuld gefordert haben. Der Gläubiger muß Alles gethan haben [2]), um vom Hauptschuldner die Zahlung zu erhalten. Der Bürge kann also bei Einwendung dieser Einrede große Hoffnung haben, daß er durch die streng zu ermittelnde Zahlungsfähigkeit des Verbürgten von der reellen Erfüllung seiner Verbindlichkeit befreit wird. Denn der Gläubiger kann erst dann vom Bürgen die Leistung ansprechen, wenn der Hauptschuldner wirklich zahlungsunfähig ist. Im Deutschen Recht genügt es, wenn der Gläubiger den Hauptschuldner in Verzug gesetzt hat. Der Gläubiger braucht nicht festgestellt zu haben, daß der Haupt-

---

1) Girtanner, a. a. O., S. 427, 428.
2) Girtanner, a. a. O., S. 484, 485.

schuldner nicht allein nicht leisten will, sondern auch wegen Zahlungsunfähigkeit nicht leisten kann, um mit Grund gegen den Bürgen einschreiten zu können. Denn zum Begriff des Verzugs wird auch im Deutschen Recht wie im Römischen Recht keineswegs verlangt, daß der Schuldner wegen Mangel an Vermögen nicht hat leisten können, sondern es ist nur erforderlich, daß derselbe, obgleich er zu leisten hatte, nicht zur gehörigen Zeit und nicht in gehöriger Weise geleistet hat [1]). Nirgends wird daher auch in den Quellen des ältern Deutschen Rechts verlangt, daß der Gläubiger bei der gegen den Bürgen erhobenen Klage die Vermögenslosigkeit des Verbürgten nachweisen muß. Es ist in einzelnen Fällen schon mehr als hinreichend, wenn er nur beweist, daß ihm bei der gegen den Hauptschuldner bereits vorher angestellten Klage Nichts geleistet war. Der Grund dieser Nichtleistung ist für ihn gleichgültig. Der Gläubiger braucht die Execution des gegen den Hauptschuldner erlangten Urtheils nicht gegen den letztern auszuführen, sondern er kann dessen Ausführung beim Bürgen versuchen [2]). Der Bürge dient hier dem Gläubiger als ein Mittel, vermöge dessen er nicht braucht die Ausführung der an und für sich gegen den Verbürgten möglichen und erfolgreichen Execution durchzuführen. Da der Bürge vom Hauptschuldner allein vor die Schuld hingestellt wird, so steht er mit dem letztern keineswegs wie ein echter Correalschuldner auf gleicher Linie, sondern er ist dem Bürgensteller untergeordnet, und ihm nachgestellt. Wenn daher der Gläubiger nicht gegen den

---

1) Eine Ausnahme von dieser Regel ist natürlich der Fall der gesetzlichen unfreiwilligen Bürgschaft, wie z. B. der Familie. Denn diese setzt eben nothwendig zu ihrer Begründung voraus, daß vom ursprünglichen Schuldner oder Verbrecher Nichts erlangt werden kann.

2) Dieses beweisen unter andern die Augsburgischen Statuten, nach denen es als ein besonderes Privileg des zahlungspflichtigen Bürgen erscheint, daß er, wenn er mit seinen Immobilien zahlen soll, den Gläubiger auf das Grundstück des Hauptschuldners hinweisen darf. Walch, a. a. O., Bd. 4. Augsburg. Statuten, S. 386: „Mag der Selbschol nit vergelten mit fahrendem Gut, so sollen ihm die Bürgen gelten mit fahrendem Gut, ob sie es haben. Bereden sie aber, daß sie nit fahrendes Gut haben, hat der selbschol denn eygen, da soll man den gelter hinweisen, daß man ihm davon gelte.“

säumigen Hauptschuldner, sondern gegen den Bürgen die Execution, die Realisirung seiner Forderung ausführt, weil sie im Verhältniß zu der gegen den Hauptschuldner auszuführenden blos leichter und bequemer ist, so erklärt sich die Verpflichtung des Bürgen, sich diese Execution, diese Einklagung gefallen zu lassen, aus dieser seiner dem Hauptschuldner untergeordneten Stellung. Nach dem Römischen Recht ist erforderlich, daß die Execution des gefällten Urtheils auch innerhalb des Kreises derjenigen Personen stattfindet, gegen welche ursprünglich und unmittelbar die Klage erhoben ist. Man kann also nicht die Vollziehung eines Urtheils gegen eine dritte ursprünglich nicht unmittelbar in dem Proceß begriffene Person durchführen. Solches ist dann noch um so weniger statthaft, wenn man noch nicht versucht hat, ob der ursprüngliche Verklagte und Verurtheilte wirklich zahlungsfähig ist oder nicht. Im ältern Deutschen Recht dagegen hat diese formelle Seite einer Obligation, eines Processes eine solche enge Begrenzung nicht gehabt, sondern bei der Festigkeit der verschiedenen Abhängigkeits- und Genossenschaftsverhältnisse [1]), ist die Ausführung einer Forderung, die Execution eines Urtheils auch gegen Dritte nicht unmittelbar an dem ursprünglichen Proceß namentlich Betheiligte statthaft. Der Bürge hat also an und für sich keine besondere Einrede der Vorausklage, sondern es liegt in seiner Stellvertretung des Pfandes, daß der Gläubiger erst nach dem gewöhnlich durch das Gericht constatirten Verzug des Hauptschuldners gegen ihn einschreitet. Der Bürge erscheint in dieser Beziehung nicht als ein mit dem Hauptschuldner gleichgestelltes Subject, sondern gleichsam als ein von ihm in die ursprüngliche Obligation mithereingenommenes Object.

Wenngleich in der Verpflichtung des Bürgen, für den Verzug des Hauptschuldners einstehen zu müssen, sich seine passive Stellung zeigt, so ist er doch auch berechtigt, activ gegen den Verbürgten einzuschreiten. Denn wie bei der Bürgschaft für das Erscheinen eines Angeschuldigten sich der Bürge an der Person des Verbürgten vergreifen darf, so auch ist ursprünglich er befugt, bei der Bürgschaft für die Leistung das Vermögen des Verbürgten vorzubringen, dasselbe zu pfänden, oder wenigstens

---

1) Vergl. §. 1.

die Person des Verbürgten zu stellen, um sich von den Folgen seiner Bürgschaft zu befreien. Dem Gläubiger ist es ganz gleichgültig, vom wem er die Leistung erhält, wenn er sie nur erhält, gerade so wie es für den Richter und Bürgenempfänger beim processualischen Bürgen für gewöhnlich keinen Unterschied macht, ob der Bürge den Verbürgten vor Gericht bringt, oder ob letzterer allein freiwillig sich vor Gericht einstellt. Wie bei der Verbürgung für das Erscheinen vor Gericht der Bürge an die Stelle des Frohnboten tritt, so bekleidet hier der Bürge die Stelle eines Executors. Der Gläubiger bürdet sich nicht oder wenigstens nicht allein die Last der Execution auf, weil er mit Recht glaubt, daß der Bürge mit in seinem eigenen Interesse die Execution bald bewerkstelligen wird. Das Vermögen des Bürgen kann daher Gegenstand der Execution sein, so wie er selbst Executor.

Vergleichen wir den Inhalt der Quellen mit den aufgestellten Grundsätzen, so bestätigt sie zunächst das Burgundische Recht, als das älteste, welches sich speciell über die Stellung des Bürgen zum Gläubiger und zum Hauptschuldner erklärt. Denn nach seinen Worten muß der Hauptschuldner dreimal zur Zahlung aufgefordert sein, ehe der Gläubiger sich an den Bürgen halten darf, welcher durch Pfändung von Sachen des Hauptschuldners sich von der Verpflichtung befreien kann, unmittelbar mit seinem Gut die Schuld bezahlen zu müssen [1]). Zwar soll nach Walter [2])

---

1) Lex Burgund., tit. XIX, c. 5: „Si quis.... pro quolibet debito fidejussor extiterit, et is, qui sub fidejussore discederit, ter admonitus coram testibus vel post commonitionem pignoratus, si convictus fuerit pignora sua fidejussori per vim abstulisse et necesse fuerit fidejussorem suum constrictum atque compulsum debitum de suo solvere"; c. 11: „si vero (creditor) fidejussorem pignoraverit, et is pro quo ille fidejussor accesserit, pignora fidejussoris sui aut sua... crediderit praesumenda.... in novigildo componat, quantum abstulisse convincitur"; vergl. außerdem c. 8.

2) Walter, Deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte, §. 531. Wenn derselbe ferner a. a. O. behauptet, daß nach addit. II, c. 7, leg. Burgund.: „si quis fidejussorem acceperit et ante eum pignorare praesumpserit, quam auctorem suum, cum quo causam habet, praesentibus testibus admonuerit, pignora, quae tollere praesumpserit, in duplo restituat", der Gläubiger nicht mehr wie früher ohne Weiteres den Bürgen pfänden

der Gläubiger im Burgundischen Recht berechtigt gewesen sein, sich unmittelbar an den Bürgen zu halten, aber er übersieht, daß in den von ihm citirten Stellen von einem constrictum atque compulsum debitum gesprochen wird, d. h. doch sicherlich von einer Schuld, wegen deren Zahlung der Gläubiger den Hauptschuldner bereits vergeblich vor Gericht gefordert hat.

Von den spätern Rechtsquellen haben einige an dem Grundsatz festgehalten, daß ehe gegen den Bürgen geklagt werden kann, der Hauptschuldner zur Leistung aufgefordert sein muß [1]). Andere Rechte dagegen, bei denen sich die Lehre vom Verzug schon dahin verändert hat, daß solcher von selbst auch ohne gerichtliche Aufforderung beim Hauptschuldner eintritt, wenn derselbe an dem im Voraus genau bestimmten Zahlungstag, an welchem er ohne Hinderniß zu zahlen versprach, nicht zahlt [2]), gestatten in diesem Falle sofort eine Klage gegen den Bürgen [3]). Es

---

dürfe, so ist dieses unrichtig. Denn diese Stelle enthält nur eine Bestätigung des bereits früher anerkannten Grundsatzes, daß der Gläubiger nicht ohne Verzug des Verbürgten den Bürgen pfänden dürfe, und bestimmt nur, was früher nicht der Fall war, die Strafe des zweifachen Ersatzes für eine solche Pfändung.

1) Kulmisch. Recht, III, 117: „so sal man yrst tzusprechen deme selb shuldegen ab man yn gehaben mag. wes ym denne broch wirt und syn nicht gehaben mag, do sal her denne deme burgen umme tzu sprechen, der sal das halden, das her gelobit hot.“ Billwarder Recht, Art. 51.

2) Platner, Histor. Entwickelungen, Bd. 2, S. 253.

3) Lübisch. Recht, Buch 3, Tit. 5, Art. 1, 2: „Wird einer zum bürgen gesatzt vor schuld auf gewisse zeit, der bürge muss auf den fall der nichthaltung die schuld bezahlen. so sween drey oder mehr in gemein burgen würden fur einen auff eine summa geldes u. solch geld auf bestimmte zeit nicht auskommen würde, so mussen die Bürgen sammtlichen ein jeder seine quotam zahlen.“ Mevius, Commentarius ad. jus Lub., lib. III, tit. V, art. 1, No. 35, 36, erklärt diese Stelle dahin, daß auch der Bürge noch hafte, wenn die bestimmte Zeit abgelaufen ist. Stobbe, a. a. O., behauptet, daß diese Stelle weder für noch gegen das beneficium excuss. spreche. Gail, Pract. observat., II, 27, No. 30: „talis consuetudo est in Austria, ubi necessario fidejussor post moram ante principalem sine discussione conveniri debet alias fidejussor liberabitur.“ Oestr. Gesetzbuch, §. 1355. Stobbe, a. a. O., S. 128, welcher diese Stelle als eine vereinzelte Bestimmung für Aufhebung des beneficium excuss.

erscheint daher nur als eine weitere Entwickelung der Lehre vom Verzug, wenn nach dem spätern Recht die Einrede der Vorausklage unstatthaft ist, sobald der Bürge, der gegenwärtig ist, leicht belangt werden kann, der Hauptschuldner dagegen, welcher entfernt ist, schwer zu belangen ist [1]).

Bezüglich der Einrede der Vorausklage sind nun namentlich die Worte des Sachsenspiegels [2]): „Svie bürgen sat also, dat he selve gelde oder sin bürge vor ine, mach he't vulbringen, dat he't vergulden hebbe, he hevet sine burgen geledeget; svie aver bürge wert vor den anderen unde lovet en besceiden gelt to geldene, dat mut he selve vulbringen mit getüge, dat he vergulden hebbe, oder jeman von sinent halven", verschiedenartig erklärt worden. Müller [3]) beruft sich auf dieselben zum Beweis, daß das beneficium excussionis im Deutschen Recht nicht stattgefunden habe, Stobbe [4]) will daraus nur bei der Gesammtbürgschaft die Ungültigkeit des beneficium excussionis zulassen. Girtanner [5]) legt mit Sachße die Stelle dahin aus, daß in ihr von der Anwendung des beneficium excussionis gar nicht die Rede sein könne. Denn entweder beziehe sich der Inhalt dieser Stelle auf eine promissio, Ausbürgung, oder auf eine Bürgschaft für einen zahlungsunfähigen Verurtheilten, wo

---

anführt, übersieht hier, daß ausdrücklich hier post moram steht. Es muß also hier ein Fall vorliegen, wo ohne gegen den Hauptschuldner angestellte Klage ein Verzug von seiner Seite schon eingetreten ist. Auch die Stelle des Revaler Stadtrechts: „wert en man borge umme got vor den anderen he shal vor ene gelden de shult" (Bunge, Revaler Stadtr., Bd. 1, S. 59, Art. 102) scheint nur auf den Fall bezogen werden zu müssen, wo der Verzug ohne Klage eintritt.

1) Brünner Schöffenbuch, Art. 297: „Fidejussor si adsit, principalis reus vero absit, grave est creditorem absentem quaerere, cum mox possit fidejussorem exigere unde statim agit in eum." Vergl. auch Richtsteig d. Landr., Buch 1, c. 9. Walch, a. a. O., Bd. 8, Magdeburger Schöffenurtheile, S. 262, 263. Lacomblet, a. a. O., Bd. 2, Nr. 385. Vertrag zwischen Cöln u. Boppard.

2) Sächs. Landr., III, 85, 3, 4.

3) Müller, in d. Zeitschr. f. D. R., herausgeg. v. Reyscher, Bd. 1, S. 339.

4) a. a. O., S. 126.

5) a. a. O., S. 222.

die Vorausklage ohnehin weggefallen ist. Aber diese ganze Stelle scheint nach der Gegenüberstellung der Worte: „mach he't vulbringen, dat he't verguldeu hebbe, he hevet sine burge geledéget", und der Worte: „dat mut he selve vullbringen mit getuge", sich weder auf die Einrede der Vorausklage, noch auf eine Ausbürgung, noch auch auf eine Bürgschaft für einen zahlungsunfähigen Schuldner, sondern auf die Lehre vom Beweis zu beziehen. Wie der Hauptschuldner, dessen Zahlung zugleich auch seinen Bürgen befreit, diese in eigener Person beweisen muß [1]), so auch hat der Bürge, sobald er geleistet hat, seine Leistung persönlich darzuthun. Es enthält diese Stelle des Sachsenspiegels nur eine Bestätigung eines altgermanischen, dem subjectiven Charakter des ältern Deutschen Beweisverfahrens entsprechenden Grundsatzes, daß nämlich ein Jeder zunächst in seiner eigenen Person Das zu beweisen hat, was mittelst seiner eigenen Person erfolgte, was unmittelbar von seiner Persönlichkeit ausging [2]). Die Person des wirklichen Urhebers kann hier nicht leicht durch eine andere Privatperson ersetzt werden.

Wenn nun auch, damit der Gläubiger vom Bürgen die Leistung fordern kann, andere Rechte nicht fordern, daß ein besonderer Verzug von Seiten des Schuldners stattgefunden haben muß, sondern nur verlangen, daß der Hauptschuldner überhaupt nicht gezahlt hat, so ist doch nach diesen Rechten der Bürge keineswegs verpflichtet, wie ein echter Correalschuldner unmittelbar auf der Stelle dem Gläubiger zu leisten. Auch hier behauptet die eventuelle Natur der Verbindlichkeit des Bürgen, sowie seine abhängige Stellung vom Hauptschuldner ihre Bedeutung. Denn der Bürge ist berechtigt, sich auf denjenigen zurückzubeziehen, welcher ihn stellte. Er, welcher von dem Hauptschuldner gestellt

---

1) Platner, Histor. Entwickelungen, Bd. 2, S. 357, 358. Sachße, Beweisverfahren, S. 17—22.

2) Vergl. auch Böhme, a. a. O., Bd. 6, S. 127: „bewisen se (die burgen) das der selbschuldige beczalt habe, se sint billig ledig... (si) sullen czu rechte bewisen.... mit den selbschuldegen und mit zween unvors prochenen mannen." Vergl. auch Heumann, a. a. O., S. 135.

ward, darf denselben als ursprünglichen Auctor der Schuld stellen. Der Bürge ist befugt, durch eine an den Verbürgten erfolgte Aufforderung zu erproben, ob derselbe denn wirklich ernstlich beabsichtigt, die bedingte Haftungsverbindlichkeit des Bürgen in eine unbedingte zu verwandeln. Die Gründe einer solchen vom Bürgen an den Verbürgten ergangenen Aufforderung können natürlich sehr verschieden sein. Entweder will der Bürge überhaupt die Leistung der Schuld von sich abwenden und sie dem Hauptschuldner auferlegen, oder er glaubt, entweder daß für ihn diese nicht so besteht, als wie der Gläubiger in seiner Klage behauptet, oder daß diese überhaupt gar nicht mehr besteht, weil sie bereits der Hauptschuldner getilgt hat.

Der Bürge jedoch, welcher einmal an und für sich seine Bürgschaft anerkannt hat, ist nicht im Stande allein für sich einen Proceß über den Bestand der Hauptschuld mit dem Gläubiger zu führen. Der Bürge, welcher sich vertheidigen will, muß sich daher zu seiner Vertheidigung auf den Hauptschuldner berufen, ihn als den wahren ursprünglichen Gegner des Gläubigers stellen [1]). Wie im ältern Recht derjenige, welcher zugibt, die

1) Böhme, a. a. O., Bd. 6, Schöffenurtheile, S. 126: „Hette ein man burgen gesatzt und lude man die burgen vor gerichte die burgen luden den selbschuldigen vor, als man die burgen beclagitte, spreche denne der selbschuldige, hirre herr richter ich hore hie anlangen mit clage lute die.... vor mich gloubit han die wil ich vortreten.... Ist das der selbschuldege sine burgen vortreten wil als recht ist, so sint die burgen billig antworten ledig." Michelsen, Sammlung altdithmarscher Rechtsquellen, Landr. v. 1539, Art. CCX, §. 1: „unde wor en borge gelavet hefft, wen de geltdach umme komen is, wil de borge sinen loven nicht holden, so mach de kleger gan vor dat carspel und bidden... dat se sinen borgen darto vermögen, dat he sinen loven holde. So schollen de slüter dem borgen beden, dat he shal betalen binnen sös weken. Vorder so shal de borge to sick nemen de slüter... so shollen se gan to dem sakewolden und bidden, dat he ene beneme, unde se nenen lichteren shaden weten darumme to donde by eren eeden"; siehe auch S. 339, 340. Heumann, a. a. O., S. 134, 135; vergl. auch Walch, a. a. O., Bd. 4, S. 386, Augsburg. Statuten. Ueber die nordischen Rechte u. über das Jüt. Low siehe Müller, in d. Zeitschr. f. D. R., herausgeg. v. Reyscher, Bd. 1, S. 334; Paulsen, in ders. Zeitschr., Bd. 4, S. 133—135. Paulsen, Lehrbuch d. Privatrechts d. Herzogth. Schleswig und Holstein, §. 119.

Sache von einem Dritten erhalten zu haben, nicht berechtigt ist, wenn er die Sache einem Kläger gegenüber als die seinige zu behalten wünscht, selbstständig einen Proceß mit demselben zu führen, sondern seinen Auctor zu stellen und dieser den Proceß zu führen hat, so auch hat der vom Gläubiger verklagte Bürge den Hauptschuldner vorzubringen, damit er den Proceß übernimmt. Denn sonst würde ja der Bürge, der vor die Hauptschuld als bedingter Schuldner gestellt ist, und welcher sich in Bezug auf den Umfang seiner Verbindlichkeit gewöhnlich von dem Verfahren des Hauptschuldners abhängig erklärt hat, diese seine untergeordnete Stellung ganz leugnen und sich als Gleichberechtigten neben den Bürgensteller stellen. Es kommt hier in gewisser Weise die Regel zur Anwendung: Hand muß Hand wahren. Denn der Hauptschuldner erscheint nicht allein als Auctor der Hauptschuld, sondern auch dadurch, daß er den Bürgen gleichsam wie ein Object dem Gläubiger versetzte, gleichsam als Auctor einer Sache. Wie nun der Ueberlieferer einer Sache diese vertreten muß, so auch muß der Bürgensteller den Bürgen vertheitheidigen, sobald vom letztern der Gläubiger die Leistung verlangt.

Uebernimmt nun der als Auctor vorgebrachte Hauptschuldner den Proceß, so muß der Gläubiger mit ihm und nicht mit dem Bürgen processiren. Der Hauptschuldner bedient sich als Auctor nicht, wie im Römischen Recht, der materiellen Vertheidigungsmittel im Namen des Vertretenen und nur insoweit als sie der letzte selbst zur Anwendung bringen kann, sondern er bringt vor seine eigenen Vertheidigungsmittel in seinem eigenen Namen. Es gilt hier ganz dieselbe Regel, welche gilt, wenn der um eine Sache Verklagte seinen Gewährsmann stellt. Der Bürge wird einstweilen aus dem Proceß ganz ausgeschieden, für ihn werden nur von Bedeutung die Folgen des entschiedenen Processes. Unterliegt der Gläubiger dem Hauptschuldner, so gilt dieser Sieg auch für den Bürgen, unterliegt dagegen der Hauptschuldner, so muß der Bürge auch gegen sich diesen Sieg gelten lassen[1]. Wenn aber der Hauptschuldner trotz der vom Bürgen an ihn geschehenen Aufforderung sich nicht stellt, so muß der Bürge,

---

1) Heumann, a. a. O., S. 134. Walch, a. a. O., Bd. 4, Augsburger Statuten, S. 386.

welcher die Bürgschaft anerkannt hat, den Gläubiger befriedigen [1]). Der Bürge bleibt dann der ursprüngliche Verklagte, an welchen der Gläubiger sich wegen der Leistung hält, gerade so wie wenn bei einem Proceß um eine Sache der vorgeladene Auctor nicht erscheint, ihr Inhaber an den Kläger, der sein Recht beweist, die Sache herauszugeben hat. Der Bürge hat hier nicht das Römische beneficium excussionis, die Rechtswohlthat der Vorausklage, sondern vielmehr die der Vorausstellung. Wie der processualische Bürge durch Stellung des Verbürgten sich von jeder Verbindlichkeit losmacht, so auch kann der Zahlungsbürge durch Stellung des zahlungsfähigen und zahlungslustigen [2]) Hauptschuldners sich von der Leistungsverbindlichkeit befreien. Umgekehrt muß er aber wie der processualische Bürge beim Ausbleiben des Verbürgten einstehen, sobald der vorgeforderte Hauptschuldner nicht erscheint oder zwar erscheint, aber nicht leisten will oder kann [3]). Die Rechtswohlthat der Vorausklage und der Vorausstellung haben das mit einander gemeinschaftlich, daß der verklagte Bürge den Hauptschuldner zur Uebernahme des Processes vorladen kann.

Dagegen findet nicht statt eine Vorausstellung des Verbürgten oder eine Rücksicht auf dessen Verzug zunächst bei denjenigen Bürgschaften, bei welchen der Bürge nicht als ein eventuelles, bedingtes Zahlungsmittel, sondern als unbedingt Verpflichteter für eine sofort oder alsbald zu erfüllende Verbindlichkeit gegeben wird. Da der Hauptschuldner hier bereits im Verzug wegen der Zahlung ist,

---

1) Michelsen, a. a. O., Art. CCX, 1. Böhme, a. a. O., S. 126, 127. Heumann, a. a. O., S. 134: „Wer den andern anspricht umb borgschaft, dem sol man franpoten gebn ze haus und ze hof, und stet er im an laugnen, so sol man im gebietn, daz er in richtt mit pfant und mit pfenig.“

2) Vergl. z. B. Heumann, a. a. O., S. 134: „Wirt ein porg angesprochen mit dem rechten, spricht dann der porg hin wider, ich laugen nicht der porgschaft, es spricht aber der gelter, er hab dich gewert, und begert eins tags auf den gelter, den sol man im geben auf daz naechht taeding, was dann der, der da anclagt, dem gelter mit dem rechten anbehabt, da sol der porg umb laisten, es tu dann der gelter selb.“ Ofener Stadtr., Willkür der Sachsen in dem Zips, Art. 22.

3) Heumann, a. a. O. Walch, a. a. O., Bd. 4, Augsburg. Statuten, S. 389.

oder doch wenigstens solcher sehr befürchtet wird, so braucht, ja darf meistens nicht einmal der Gläubiger sich an den Verbürgten wenden [1]). Da der Gläubiger einmal den Bürgen wegen der bereits vorhandenen Zahlungsverbindlichkeit beziehungsweise wegen des bereits eingetretenen Verzugs angenommen hat, so muß er auch dulden, daß ihn der Hauptschuldner auf diesen hinweist, wenn er von ihm die Zahlung verlangt. Wenn trotz dieses durch die Natur der Sachlage gegebenen Verhältnisses der Gläubiger nicht den Bürgen, welcher ihm gleichsam als Zahlungsmittel hingegeben ist, sondern den Hauptschuldner zur Leistung auffordert, so darf man mit Grund annehmen, daß er auf den Bürgen verzichtet hat. Die Annahme der spätern Praktiker und Theoretiker, daß dann die Einrede der Vorausklage unzulässig ist, wenn die Bürgschaft für das judicatum solvi gegeben wurde [2]), erscheint daher nur als

---

1) Westerwolder Landr., c. 15, §. 16: „Van borge toe setten. Wel schuldich is, und settet enen borghe, salmen den borgen manen; manet men den schuldener, soe is die borge vry." Pertz, Monum. Germ., tom. IV, pars alt., Capit. spuria Benedicti, lib. III, c. 334, de his, qui contempto fidejussore ad solutionem potius debitorem delegerint: „Si quis contempto fidejussore debitorem suum tenere maluerit, fidejussor vel heres ejus a fidejussionis vinculo liberatur." Girtanner, a. a. O., S. 222, 223, will aus dieser Stelle, welche aus dem Capitulare von 744, c. 17, herrührt, beweisen, daß der Bürge im ältern Recht kein ben. excuss. gehabt hat. Aber diese Stelle geht wohl nach ihrem ganzen Zusammenhang auf einen nach fällig gewordener Schuld gegebenen Bürgen. Seibertz, a. a. O., Bd. 2, Nr. 765, §. 16, 17: „War eyn dem anderen ghelt weddet (ist Einer zu einer Wette verurtheilt worden) uppe dem hus... zettet he eme borghen. manet he den borgen nicht myt ghterichte bynnen jar unde daghe, zo is dat weddeghelt quit und los. is aver dat de borghe sterbet u. en is eme dat weddeghelt nicht af ghemanet zo iz aver dat de zakewolde quit und los." Auf einen anstatt Zahlung gegebenen Bürgen geht auch wol Tit. 74 des Wendisch-Rügianischen Landgebrauchs, herausgeg. von Gadebusch: „menn nimbt darumb börgen, dat man den hövetman nicht will geloven; derhalven, forbert men den Hovetman, tho Rechte der Schuldt halven, dat iß de Borge fry." Dagegen ist Tit. 137.

2) Mevius, Decis., I, 229, No. 4; II, 370, No. 7; VIII, No. 378. Wernher, Observ. for., I, 29, 5. Berger, Oecon. jur., III, 12, 6, No. 6. Pfeffer, Decis. Cassel., tom. XVII, d. 163. Mynsinger, Cent., IV, obs. 96. Mevius, Commentarius ad. jus Lub., lib. III, tit. V, art. 1, No. 29.

eine Folge von der im ältern Deutschen Recht hergebrachten Regel, daß der Bürge sofort leisten muß, sobald er wegen einer bereits fällig gewordenen Zahlung beziehungsweise wegen eines bereits stattgefundenen Verzugs nicht als eventuelles sondern als sofortiges Zahlungsmittel gestellt ist.

Während bei der echten Bürgschaft die Einrede der Vorausklage in der natürlichen Form der Bürgenstellung, in dem abhängigen Verhältniß des Bürgen zum Verbürgten liegt, ist dagegen dann, wenn der Hauptschuldner den Dritten als Bürgen nicht vor die Hauptschuld allein, sondern neben sich, zu sich stellt und beide zusammen mit vereinigter Hand die Verbindlichkeit zugleich übernehmen, das Verlangen des angeblichen Bürgen, daß der Gläubiger zuerst vom wirklichen Schuldner die Leistung verlange, ganz unstatthaft. Denn da der Bürge mit dem Hauptschuldner auf gleicher Linie steht, beide mit einander und neben einander sich zusammen verpflichten, beide unverscheidenlich sind, so braucht auch der Gläubiger keinen Unterschied zwischen ihnen zu machen. Der Eine ist ihm so gut Hauptschuldner als wie der Andere. Indem die Form ihrer Verpflichtung dem Gläubiger keine Abhängigkeit des angeblichen Bürgen vom ursprünglichen Schuldner zu erkennen gibt, so braucht er auch nicht zu berücksichtigen, daß nur einer der Contrahenten etwaige materielle Vermögensvortheile bei Eingehung der Gesammtverpflichtung von ihm erhalten hat. Während man daher sonst dem Deutschen Recht gegenüber als einen großen Vorzug des Römischen namentlich des ältern Rechts seinen strengen und festen, der Beurtheilung einen sichern Anhaltepunkt gewährenden Formalismus hervorhebt, so gibt hier das Deutsche Recht der Form der Gesammtverpflichtung eine nicht weniger juristisch wichtige Bedeutung. Ja man kann mit Grund behaupten, daß die Einrede der Vorausklage hier dem formellen Charakter des ältern Deutschen Rechts ferner als wie dem des ältern Römischen liegt. Denn im ältern Römischen Recht war eine solche Einrede unzulässig, weil Bürge und Hauptschuldner ein und dieselbe Leistung gleich versprochen hatten. Es ist also hier blos die Identität des Objects, der gleiche Inhalt der Verpflichtung verschiedener von einander getrennten Personen, welches die Einrede der Vorausklage ausschließt. Im Deutschen Recht dagegen ist es aber

nicht allein die Identität der zu präſtirenden Leiſtung, ſondern auch die Unität der Perſonen, die Unität des Actes der Uebernahme der Verbindlichkeit, welches bei der Geſammtverpflichtung eine Einrede der Vorausklage nicht zuläßt.

Wenn das neuere Römiſche Recht die Einrede der Vorausklage geſtattet, ſo geſchieht dies dem egoiſtiſchen Charakter des Römiſchen Privatrechts gemäß mit Rückſicht darauf, daß der Bürge nicht wie der Hauptſchuldner, einen etwaigen vermögensrechtlichen Vortheil vom Gläubiger erhalten hat. Die Einrede der Vorausklage iſt alſo keinesweges der Natur des Römiſchen Vermögensrechts fremd. Dagegen ſteht ſie ferner dem urſprünglichen Charakter des Deutſchen Rechts. Denn bei ſo inniger Willensvereinigung der Contrahenten bei Uebernahme der Geſammtverpflichtung enthielte die Annahme der Einrede der Vorausklage für den Bürgen nicht eine Begünſtigung ſondern vielmehr eine entwürdigende Zurückſetzung. Denn es würde damit ausgedrückt ein Zweifel an ſeinem ernſten Willen, vollſtändig gleich dem Hauptſchuldner behandelt zu werden.

Noch viel weniger kann die Einrede der Vorausklage dann ſtattfinden, wenn der Hauptſchuldner den Dritten als angeblichen Bürgen an den Platz ſtellt, welchen er ſelbſt früher in Bezug auf die Verbindlichkeit eingenommen hat. Denn hier wird der angebliche Bürge nicht allein Hauptſchuldner, ſondern ſogar alleiniger Schuldner.

§. 10.

Fortſetzung.

Mit der Einrede der Vorausklage ſteht in enger Verbindung die Wirkung, welche ein dem Gläubiger überliefertes Pfand auf das ihm gegen den Bürgen und Verbürgten zuſtehende Klagrecht äußert. Denn wie ſich die eigenthümliche Natur und Anwendung der Deutſchrechtlichen Einrede der Vorausklage aus der eventuellen bedingten Haftungsverbindlichkeit des Bürgen erklärt, ſo auch dient dieſe ſeine ſubſidiäre Stellung mit dazu, den Unterſchied zwiſchen Deutſchem und Römiſchem Recht zu veranſchaulichen in Bezug auf das Verhältniß, in welchem der Bürge zu einem dem Gläubiger bezüglich der Hauptſchuld überlieferten Pfand ſteht. Da im

Römischen Recht der Bürge ursprünglich von Anfang an neben dem Hauptschuldner als ein mit ihm ganz gleich verpflichteter Schuldner steht, so folgt mit aus dieser gleichen Lage, daß die Hingabe eines Pfandes von Seiten des Hauptschuldners keinen Einfluß äußern kann auf das Recht des Gläubigers vom Bürgen oder Verbürgten die Leistung der Schuld zu fordern. Der Gläubiger ist daher, obgleich er vom Hauptschuldner Sachen zum Pfand erhalten hat, nach den Grundsätzen des Pandektenrechts befugt, bei eingetretener Fälligkeit seiner Forderung vom Bürgen ihre Leistung zu verlangen [1]). Denn sonst würde dessen unbedingte Haftungsverbindlichkeit in eine bedingte verwandelt werden. Dem Gläubiger verbleibt hier unbeschränkt bestehen sein ursprüngliches Forderungsrecht, sowol wegen des gegenseitigen Verhältnisses, in welchem Bürge und Verbürgter als echte Correalschuldner zu einander stehen, als auch wegen der eigenthümlichen Natur des Römischen Pfandes. Das Römische pignus charakterisirt sich nämlich bekanntlich dadurch, daß der Gläubiger an der Pfandsache, wenn sie auch seiner factischen Gewalt unterworfen ist, kein dingliches Recht besitzt. Auch selbst bei der Hypothek zeigt sich die Unterwerfung der Sache unter die unmittelbare dingliche Herrschaft des Gläubigers fast nur dann, wenn er die Pfandsache zur Befriedigung seiner Forderung veräußert. Erst dann wird das vorher gleichsam passive, ruhende Pfandrecht verwirklicht.

Vermöge dieser passiven Natur des Pfandrechts ist denn auch die Pfandforderung des Gläubigers im Verhältniß zu dessen Hauptforderung rein accessorischer Natur, so daß das bloße Bestehen des Hypothekenrechts in keiner Weise einen sofort sichtbaren und erkennbaren Einfluß auf die Hauptforderung ausübt, deren Realisirbarkeit beziehungsweise Erfüllung äußerlich andeutet oder ganz öffentlich veranschaulicht. Dieser Richtung des Pfandrechts entspricht es denn auch, wenn der Verkauf des Pfandes mit sehr vielen Schwierigkeiten im Römischen Recht verknüpft ist.

---

1) L. 51, §. 4 D. de fidej. (46, 1); „Creditor pignus distrahere non cogitur, si fidejussorem simpliciter acceptum omisso pignore velit convenire"; L. 3, 5 C. de fidej. (8, 41); L. 1 C. de fid. tut. (5, 57). Girtanner, a. a. O., S. 205, 206. Seuffert, Archiv d. Entsch. d. oberst. Gerichtsh., Bd. 7, Nr. 312, Entsch. d. Obertrib. in Stuttgart vom 4. November 1853.

Im Deutschen Recht dagegen ist es der bedingten Haftungsverbindlichkeit des Bürgen gemäß, daß er so lange nicht zu leisten braucht, als bis noch der Gläubiger Pfandsachen zur Befriedigung seiner Ansprüche verwenden kann. Für diese Regel spricht auch, daß durch Bestellung eines Pfandes die rechtliche Stellung des Verpfänders zum Pfand eine ganz andere im Deutschen Recht wird als wie im Römischen Recht. Denn im Deutschen ist es zum Begriff eines Pfandes nöthig, daß die Pfandsache der Gewalt des Pfandschuldners entzogen, der des Pfandgläubigers unterworfen wird. Der letztere erlangt bei beweglichen Sachen an ihnen eine ausschließliche Gewere, bei unbeweglichen vermittels der Pfandgewere ihren Besitz und Genuß [1]). Dieses so enge, äußerlich sichtbare Verhältniß des Pfandgläubigers zur Pfandsache muß denn auch einen bedeutenden Einfluß auf dessen ursprüngliche Forderung ausüben. Aus diesem so innigen Zusammenhang zwischen Pfandsache und Pfandgläubiger folgt, daß die Pfandsache gleichsam in dem Kreis der Hauptforderung sich befindet, keineswegs als ein reines Accessorium neben ihr besteht. Die Pfandsache wird mit der Hauptsache gleichsam identificirt. Der Umfang der erstern soll mit dem Umkreis der letztern gleichsam so auf einander fallen, daß beide sich decken [2]). Der Pfandgläubiger trägt daher auch die Gefahr der Pfandsache und verliert selbst bei dem rein zufälligen Untergang des Pfandobjects seine Forderung [3]). In Folge dieser so engen Beziehung der Pfandsache zur Person des Gläubigers, des Pfandrechts zur Hauptforderung bedarf denn auch der Gläubiger, wenn ihm der Schuldner nicht zur richtigen Zeit leistet, nicht noch einer be-

---

1) Albrecht, Die Gewere, S. 132, 133, 142—144.

2) Albrecht, a. a. O., S. 46, geht in der Durchführung dieser Identität der Hauptforderung mit dem Pfandrecht so weit, daß nach seiner Ansicht der Gläubiger beim Besitz verpfändeter Grundstücke nicht mehr zwei besondere Rechte, eine Hauptforderung und eine Pfandgewere, sondern blos die letztere besitzt, welche ihm der Schuldner durch Zahlung der Schuld wieder abkaufen kann. Vergl. auch Stobbe, a. a. O., S. 261—263.

3) Sächs. Landr., III, 5, 4, 5. Rechtsb. d. Dist., IV, 42, 19. Westerwolder Landr., c. 15, §. 5, 6. Kulm. Recht, V, 34. Budde, in d. Zeitschr. f. Deutsch. R., Bd. 11, S. 415, Note 4. Albrecht, a. a. O., S. 134. Stobbe, a. a. O., S. 254—270. Platner, a. a. O., Bd. 2, S. 127.

sondern Klage gegen den letztern. Der Gläubiger hat bereits im Voraus als eventuelles Zahlungsmittel die Pfandsachen vollständig in seine Gewalt erhalten, an welche er sich daher auch bei nicht gehöriger Leistung des Schuldners zunächst halten muß. Bei der vom Gläubiger mit dem Pfandobject vorzunehmenden Veränderung wird zugleich sowol das Interesse des Gläubigers als das des Schuldners gewahrt. Denn wenn der Gläubiger die bewegliche Pfandsache in drei gebotenen, die unbewegliche in drei ungebotenen Dingen öffentlich zum Verkauf ausbietet, so vertritt dieses die sonst ohne Pfand gewöhnlich auch in drei Terminen gegen den Schuldner anzustellende Klage und Execution. Der letztere hat bei dem dreimaligen Aufgebot zum Verkauf Gelegenheit durch Zahlung seiner Schuld die Veräußerung des Pfandes zu hindern.

Aus diesen Grundsätzen über das Pfand folgt, daß der Bürge von seiner Verbindlichkeit einstweilen frei wird, wenn der Hauptschuldner dem Gläubiger Pfänder gibt [1]). Ihre Annahme darf der Gläubiger nicht verweigern, sondern muß sie gestatten.

Da die Bürgschaft erst alsdann bestellt zu werden pflegt, wenn der Hauptschuldner keine Sachen zu verpfänden hat, so entspricht diese Verbindlichkeit des Gläubigers zur Annahme vollkommen der Entstehung der Bürgschaft. Die durch eigene Sachen des Schuldners gegebene sachliche Sicherheit pflegt der durch dritte Personen gegebenen persönlichen vorgezogen zu werden [2]). Folglich muß auch der Gläubiger den Bürgen, von dem er die

---

1) Heumann, a. a. O., S. 160, Art. 65: „wer pörg wirt, der mag nicht ledig werden untz der selbschol gewert wirt mit pfanden oder mit pfenig, und mag sust mit chainer red nicht ledig werden.“ Böhme, a. a. O., Th. 4, Schöffenurtheile, S. 126, 127: „der selbschuldige: Hirre her Richter, sint dem mole das mir orteil .... gegebin hot, das ich meine burgen vortrete. Bete ich ... czu irfarn wi ich se mit rechte vortreten sal. sentencia. mit pfand adir mit pfenningen.“ Auer, Münchener Stadtr., Art. 175. Walch, a. a. O., Bd. 4, Augsburg. Statuten, S. 387; vergl. auch Wendisch-Rügianischer Landgebrauch, Tit. 137.

2) Vergl. §. 1.

Leistung verlangt, lossprechen, sobald der Hauptschuldner sich erbietet, ihm statt des Bürgen hinreichende Pfandsachen zu geben. Dagegen braucht natürlich der Gläubiger nicht Bürgen an die Stelle der Pfänder anzunehmen, ein Grundsatz, den auch die Glossatoren und Praktiker der Neuzeit anerkannt haben [1]).

Die Verpflichtung des Gläubigers anstatt der Bürgen Pfandsachen anzunehmen folgt ferner aus dem allgemeinen Grundsatz, daß der Gläubiger, welcher vom Schuldner Pfandsachen zu seiner Sicherheit erhalten hat, verpflichtet ist, zunächst sich aus deren Erlös bezahlt zu machen, und dann erst, wenn dieser zur Bezahlung nicht vollständig ausreicht, wegen dieses Restes gegen den Schuldner klagen kann [2]). Da nun der Bürge bezüglich der Leistung an die Stelle des Verbürgten treten soll, so müssen ihm auch in Bezug auf diese die Vortheile zukommen, welche dem Verbürgten zustehen. Hat daher der Verbürgte Bürgen und Pfand dem Gläubiger gegeben, so muß sich der letztere zunächst an die Pfandsachen halten [3]). Der Gläubiger hat hier nicht wie im Römischen Recht [4]), die Befugniß, beliebig nach seiner Wahl eins dieser Sicherheitsmittel zu seiner Befriedigung in Anspruch zu nehmen. Er ist verpflichtet zunächst das Pfandobject zur Befriedigung seiner Forderung zu verwenden, ehe er gegen den Bürgen einzuschreiten befugt ist. Denn der Bürge, wenn er auch wie das Pfand zur Sicherheit dienen soll, vertritt doch zu gleicher Zeit, wenn auch nur bedingt, die Person des Hauptschuldners, welcher erst dann zur Leistung gezwungen werden kann,

---

1) Vergl. §. 1.

2) Vergl. Richtsteig d. Landr., Buch 1, c. 9.

3) Walch, a. a. O., Bd. 4, Augsburg. Statuten v. 1276, S. 387: „wird auch Jemand Bürg hinz dem anderen, er soll sich antworten, oder er soll Pfand antworten.“ Michelsen, Der Oberhof zu Lübeck, Nr. 108, a. 1497: „kan de ergemelde Clawes dat mit der Stad boke to Colberge bewisen alse recht is, dat Hanse Gruben vor sodane Vyfftich rinsche Gulden en pand gesat sy, so schal sik deselve Hans an sodane zin pand holden, yd ga dar furder umme alze recht sy“; vergl. auch Nr. 253, wo der Bürge von seiner Verbindlichkeit dadurch frei wird, daß er nachweist, der Gläubiger habe nach der gegen ihn erhobenen Klage sich vom Hauptschuldner Pfänder geben lassen.

4) Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. 2, S. 816.

sobald die von ihm gegebenen Pfänder nicht vollständig zur Tilgung der Schuld ausreichen. Hat der Bürge selbst Pfänder dem Gläubiger gegeben, so muß sich ebenfalls der Gläubiger erst an diese halten, ehe er vom Bürgen selbst die Leistung ansprechen kann [1]). Diese Hingabe von Pfandsachen gleicht einer Römischen datio in solutum, denn beide haben den Zweck, dem Gläubiger an Zahlungsstatt zu dienen. Aber zwischen beiden besteht doch ein sehr charakteristischer Unterschied. Im Römischen Recht kann der Gläubiger nicht gezwungen werden eine datio in solutum an Zahlungsstatt anzunehmen [2]), im Deutschen Recht dagegen ist der Gläubiger verpflichtet sich zuerst an das Pfand zu halten, ehe er gegen den Schuldner noch klagt. Das Pfand vertritt in gewisser Weise die Person des Schuldners, der Gläubiger hat hier anstatt der Person des Schuldners dessen Sache in seine Gewalt erhalten. Die Forderung gegen die Person ist dadurch entweder gänzlich aufgehoben oder einstweilen suspendirt. Der Erfolg der Verpfändung muß erst abgewartet werden, ehe noch eine besondere Klage gegen die Person des Pfandschuldners stattfinden kann.

Wenn auch jetzt, nach den Grundsätzen des Römischen Rechts, der Gläubiger, welcher bereits Sachen des Schuldners zum Pfand erhalten hat, nicht verpflichtet ist, zunächst dieselben zu veräußern, ehe er gegen den Schuldner eine persönliche Klage auf Leistung der Verbindlichkeit anstellen darf [3]), was allerdings

---

1) Vergl. Richtsteig d. Landr., Buch 1, c. 9. Nach dem jetzigen Mecklenburger Recht sind die Erben eines Bürgen frei von jeder Verpflichtung aus der Bürgschaft, sobald ihr Erblasser Güter zu Gunsten des Gläubigers verpfändet hat. Von Kamptz, Mecklenburg. Civilrecht, Bd. 2, S. 473. Wippermann, a. a. O., S. 173: „were dat Jenich brake schude.. unde wy dar umme ghe manet worden... wolde wy unde scholden den brake degher unde al irvullen... mid reden penninghen eder mid nogheden panden"; S. 170: „were dat brok schude.. so wille wi den brok degher... irvullen.... myd also vele ghuden panden de men treken unde boren moghe"; S. 181, 195, 196.

2) Pr. J. quib. mod. (3, 30).

3) L. 6, pr. D. de pign. act. (13, 7): „Quamvis convenerit, ut fundum pignoraticium tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus

überhaupt nicht statthaft sein sollte, so ist doch dieses wenigstens nicht beim Bürgen zulässig. Zwar wird dieses Recht dem Bürgen nicht ausdrücklich etwa gar wegen des ältern Deutschen Rechts zugesprochen, — denn solches wird nicht viel beachtet — aber es ergibt sich solches aus einer consequenten Anwendung der in der Einrede der Vorausklage enthaltenen Römischen Grundsätze, welche hier mit dem ältern Deutschen Recht übereinstimmen. Denn nach diesen ist der vom Gläubiger auf die Leistung der Hauptschuld verklagte Bürge befugt, in allen den Fällen die gegen ihn vom Gläubiger angestellte Klage abzuweisen, in welchen der letztere ohne erhebliche Schwierigkeiten auch vom Hauptschuldner die Erfüllung der Verbindlichkeit erlangen kann [1]). Dieses Letztere ist aber der Fall, wenn der Gläubiger Sachen des Hauptschuldners als Pfand erhalten hat. Würde hier der Gläubiger dennoch gegen den Bürgen klagen, so wäre derselbe befugt, ihn an seine Pfänder zu verweisen, gerade so wie der Bürge solches thun dürfte, wenn der Gläubiger, weil er die Sachen des Hauptschuldners vom Pfandrecht befreite, durch seine eigene Schuld keine Befriedigung vom Hauptschuldner erlangen konnte [2]). Denn der Bürge darf zu seiner Vertheidigung den gegen ihn klagenden Gläubiger auf die vom letztern erlassenen Pfandrechte hinweisen, und ihn dadurch mit seiner Klage abweisen.

Wenn bereits sogar der größte Theil der Glossatoren [3]) nicht allein, sondern auch der neuern Praktiker dieses Recht im

---

es vendere, licet solvendo non sit is, qui pignus dederit, quia tua causa id caveatur." L. 11, pr. eod.

1) Girtanner, a. a. O., S. 450.

2) Decision. Guidon. Pap., quaest. 348, No. 2. Canngiesser, Decis. Cassel., tom. II, d. 258. Weber, Natürliche Verbindl., §. 114, Nr. 1, 2; §. 115, Nr. 4, 5. Sintenis, Civilrecht, Bd. 2, §. 129, Note 60. Girtanner, a. a. O., S. 468, 543. Arndt, Pandektenrecht, §. 357, Nr. 2. v. Vangerow, Leitfaden, Bd. 3, §. 578, S. 143—145. Seuffert, Archiv, Bd. 7, Nr. 312, Entscheid. d. Obertrib. in Stuttgart vom 4. November 1853.

3) Bartolus, Glossa ad Nov. 4. Paulus de Castro, Glossa ad L. 51, §. 4 D. (46, 1). Hippolytus de Marsiliis, Tract. de fidejuss., No. 18.

Ganzen anerkannt hat, trotzdem, daß nach dem Römischen Recht der Verkauf eines Pfandobjects so sehr erschwert ist, so muß diese Anerkennung umsomehr im jetzigen modernen Deutschen Recht praktische Anwendung finden. Denn nach dessen Grundsätzen ist ja der Verkauf einer Pfandsache nicht an alle die Förmlichkeiten und Bedingungen gebunden, welche im Römischen Recht gelten [1]).

Die neuern Gesetzbücher haben daher nicht allein Römisches Recht sondern auch Deutsches Recht anerkannt, wenn sie dieses Recht des Bürgen zulassen. Nach dem Preußischen Landrecht muß der Gläubiger, ehe er gegen den Bürgen klagt, abwarten, ob er durch Verkauf der von ihm gepfändeteten oder ihm zum Pfand gegebenen Sachen des Pfandgläubigers Befriedigung erhalten kann [2]), sowie überhaupt der Gläubiger nicht berechtigt ist, sich einer anderweiten Sicherheit, die er vom Hauptschuldner erhalten hat, zu begeben [3]). Ebenso bestimmt das Französische Recht, daß der Gläubiger sich zunächst an das Vermögen des Hauptschuldners halten soll. Folglich muß der Gläubiger sich zunächst an die ihm überlieferten Pfandsachen halten [4]). Von ähnlichen Grundsätzen scheint auch das Oestreichische Gesetzbuch auszugehen. Denn dasselbe bestimmt, daß der Gläubiger, wenn ihm vor oder bei der Leistung der Bürgschaft noch außer derselben von dem Hauptschuldner oder von einem Dritten ein Pfand gegeben wird, den Bürgen zwar belangen kann, aber nicht befugt ist, zum Nachtheil des Bürgen sich des Pfandrechts zu begeben. Demnach kann der Bürge den gegen ihn klagenden Gläubiger auf das Pfand verweisen, oder Entschädigung fordern, wenn der Gläubiger auf das Pfandrecht verzichtet hat [5]).

---

1) Schon ältere Praktiker haben dies anerkannt, z. B. Scheplitz, Consuet. marchiae et electoratus Brandenburg., S. 648, 649. Richter, Consilia, pars I, cons. 33, No. 95. Hartm. Pistoris, Observ., obs. 80, No. 3.

2) Preuß. Landr., I, 14, §. 284—295.

3) Preuß. Landr., I, 14, §. 331—335.

4) Code civil, §. 2021, 2023.

5) Oestr. Gesetzbuch, commentirt v. Zeiller, §. 1360, Nr. 2.

§. 11.

Die Einrede der Theilung.

Die Grundsätze des ältern Deutschen Rechts über die Einrede der Theilung richten sich nach der Form der Bürgschaft und nach der Zahl der Bürgen. Folgende Fälle sind daher hier zu unterscheiden:

a. Einer allein hat sich als echter Bürge im engern Sinne verpflichtet.

Da hier der Bürge, als subsidiärer, bedingter Schuldner vom Bürgensteller gestellt wird, so richtet sich der Umfang seiner Leistungsverbindlichkeit nach dem Benehmen des Hauptschuldners. Bleibt letzterer nur mit einem Theil seiner Leistung in Verzug, so hat natürlich auch der Bürge, der ja für den Fall des Verzugs zu haften hat, nur diesen Theil zu leisten. Ist dagegen der Hauptschuldner mit der ganzen schuldigen Leistung in Verzug, so muß auch der Bürge das Ganze dem Gläubiger leisten. Diese Leistung des Ganzen scheint meistentheils eingetreten zu sein, denn nur selten wird erwähnt, daß der Hauptschuldner einen Theil prästirt, der Bürge dagegen das übrige Fehlende ergänzt habe. Für diese Ansicht spricht zunächst das, daß der Bürge gleichsam vor die ganze Verbindlichkeit des Hauptschuldners hingestellt wird. Dann aber auch bestätigen sie vor allen die über die Einrede der Vorausklage geltenden Grundsätze. Denn da nach ihnen der Gläubiger verpflichtet ist, blos die Zahlungsunlust nicht auch die Zahlungsunfähigkeit des Verbürgten festzustellen, so hat der Gläubiger nur selten Veranlassung, nur einen Theil der Schuld vom Bürgen zu fordern. Der Gläubiger ist nach eingetretenem Verzug auf Seiten des Hauptschuldners befugt, vom Bürgen das Ganze zu fordern. Wäre dieses nicht der Fall, so hätte der Gläubiger, sobald er das Ganze vom Bürgen mit Recht fordern könnte, zuvor durch eine gegen den Hauptschuldner auszuführende Execution darzuthun, daß der letztere auch nicht einmal einen Theil der Forderung zu leisten im Stande ist. Noch viel weniger hat der Gläubiger eine solche Verpflichtung in dem Falle, wo er berechtigt ist, ohne eine an den Hauptschuldner besonders noch zu richtende Zahlungsaufforderung vom Bürgen zur fälligen Zahlungszeit die Leistung zu fordern.

Denn hier hat der Gläubiger noch weniger Veranlassung sich darum zu bekümmern, ob der Verbürgte wenigstens einen Theil der Schuld zu leisten vermag. Denn in einem solchen Falle ist es nur Sache des Bürgen, ob er durch die an den Hauptschuldner innerhalb einer bestimmten Frist erlassene Aufforderung ihn dazu zu veranlassen vermag, daß er an den Gläubiger zahlt und nicht den Bürgen durch Verzug nöthigt, an den Gläubiger zu leisten. Außerdem spricht für die vollständige Haftungsverbindlichkeit des Bürgen der Einfluß, welchen die Grundsätze über die Proceßbürgschaft auf die der Zahlungsbürgschaft ausüben. Da der Proceßbürge beim Ausbleiben des Verbürgten dessen Wergeld, dessen Schuld vollständig zu bezahlen hat, so ist auch beim Zahlungsbürgen anzunehmen, daß er vollständig die Schuld des Verbürgten übernimmt. Weder bei Uebernahme der Proceßbürgschaft noch bei der der Leistungsbürgschaft wird das Vermögen des Bürgen und Verbürgten zusammengezählt, um zu berechnen, ob ihr beiderseitiges Vermögen zusammen für den verbürgten Gegenstand ausreicht.

Trotz dieser Gründe für die vollständige Leistungsverbindlichkeit des Bürgen bleibt es natürlich den Parteien überlassen zu bestimmen, daß der Bürge nur einen Theil von der Schuld des Hauptschuldners zu leisten hat. Eine solche Bestimmung hebt den Begriff von Bürgschaft im Allgemeinen nicht auf, zwingt aber den Gläubiger nöthigenfalls durch zwei Executionen, durch eine gegen den Hauptschuldner und durch eine gegen den Bürgen, die vollständige Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu erlangen.

b. Mehrere haben sich als echte Bürgen im engern Sinne verpflichtet. — Hier muß unterschieden werden, ob eine Mitbürgschaft oder eine Gesammtbürgschaft stattgefunden hat.

1) Die mehreren Bürgen haben sich als Mitbürgen verpflichtet.

Wie dann, wenn mehrere an Werth gleiche Pfänder gegeben werden, anzunehmen ist, daß ein Pfand wie das andere einen gleichen Antheil an der Hauptschuld versichert, so auch verbürgt bei mehreren Bürgen, den Stellvertretern der mehreren Pfänder, einer soviel wie der andere von dem Betrag der Hauptschuld. Wie der Hauptschuldner, der mehrere an Werth gleiche

Pfänder gleichsam in den Umkreis der Hauptschuld hineinstellt, damit erklärt, daß ein jedes für sich allein zur Deckung der Hauptschuld nicht ausreicht, sondern nur eine bestimmte Quote der Hauptschuld deckt, so verhält es sich auch bei mehreren Mitbürgen. Diese Ansicht wird auch dadurch begünstigt, daß der Bürge nur als ein eventuelles bedingtes Zahlungsmittel hingegeben wird. Denn dieser subsidiären Stellung entspricht es, daß bei mehreren dieser bedingt gegebenen Bürgen der einzelne wo möglich nicht unbedingt für das Ganze haften soll. Dieses wird aber eben dadurch bezweckt, daß er nur einen pro rata zu entrichtenden Theil von der Hauptschuld zu leisten hat. Es besteht hier eine Theilung der Hauptschuld in mehrere gleiche Theile, deren Betrag sich richtet nach der ursprünglichen Anzahl der Bürgen, und sich von Anfang an bis zu Ende ganz gleichbleibt [1]). Da trotz der gemeinschaftlichen Hingabe für die Hauptschuld und trotz ihrer gemeinschaftlichen Uebernahme die Bürgen nicht als eine einzige Person, als ein einziger Bürge verfahren, sondern ein jeder für sich allein ganz selbstständig kraft eigenen, für sich allein bestehenden Willens die Bürgschaft übernimmt, so haben auch die Verhältnisse seiner übrigen zufälligen Mitbürgen keinen Einfluß auf den Umfang seiner Verbindlichkeit. Alle die verschiedenen Ereignisse, welche bei der echten Gesammtbürgschaft auf die Verbindlichkeit des einzelnen Gesammtbürgen einwirken können, sind ohne Einwirkung auf die des einzelnen Mitbürgen. Wenn ein Mitbürge arm wird, wenn er stirbt, wenn er sich der Rechtsverfolgung des Gläubigers entzieht, so ändert alles dieses nichts an der Verbindlichkeit der

---

1) Prager Rechtsb., Art. 10: „Gildet einer und der andere nicht, dye golden haben, dy sint ledig." Rechtsb. d. Dist., III, 12, 8: „sterbet abir der borge icht abe, daz en schadet den anderen nicht." Hamburger Stadtr. v. 1276, VII, 8. Es ist dieser Fall demjenigen gleich, in welchem ausdrücklich jeder einzelne Bürge sich verbürgt von vornherein auf einen bestimmt benannten Theil der Hauptschuld; vergl. z. B. Font. rer. Aust., Bd. 1, Urkunden zur Geschichte von Oestreich, Nr. 17, a. 1277, S. 189, 190: „pro nobis fidejussores obligavimns . . dominum Wernhardum pro X marc . . . . fratres de Hornek p. XX m., Volchmarum p. X m." Die Hauptsumme selbst betrug 50 Mark; vergl. ferner S. 60, 78, 92, 191, a. a. O.

andern. Die Bürgschaft des Einzelnen hat hier einen engen, gleichsam egoistischen Charakter, dem gemäß der einzelne Mitbürge trotz seiner Mitbürgschaft kein Mitleid fühlt mit dem Unglück der andern. So wenig ein solcher Mitbürge sich um das Unglück seines Mitbürgen bekümmert, so wenig interessirt ihn auch dessen Glück. Wenn auch der Gläubiger einem der Mitbürgen dessen Antheil erläßt, so vermehrt solches nicht den Betrag der übrigen. Der Gläubiger bedarf daher auch nicht zu diesem Erlaß ihrer Einwilligung. Es zeigt sich hier im Deutschen Recht eine gewisse innere Verbindung zwischen dinglichen und Forderungsrechten. Denn wie bei der reellen Theilung eines in der Gesammtwere mehrerer Personen befindlichen Grundstücks in mehrere Theile ein jeder von den Theilhabern nur seinen Theil behält, wenn auch durch den Tod des einen dessen Antheil frei wird, so auch wächst nicht bei Theilung der ursprünglich ganzen und großen Schuld durch Stellung mehrerer Mitbürgen in mehrere kleine Schulden die Verbindlichkeit des einen Mitbürgen, obgleich einer derselben stirbt.

Diese Theilung der einen Hauptverbindlichkeit in mehrere kleine durch Stellung mehrerer Mitbürgen findet sogar dann statt, wenn die äußere Gemeinschaft fehlt, welche bei der Mitbürgschaft dadurch stattfindet, daß Mehrere zugleich als Bürgen gegeben werden und zugleich die Bürgschaft übernehmen. Wenn nämlich Mehrere nicht mit einander sondern hinter einander, z. B. der Eine heute, der Andere morgen, der Dritte übermorgen für dieselbe Hauptschuld Bürge werden, so hat ein Jeder nach der Anzahl der Bürgen nur seinen Antheil zu entrichten. An und für sich scheint die Vermuthung dafür zu sprechen, daß ein Jeder auf das Ganze verpflichtet ist. Denn indem der Hauptschuldner zunächst nur Einen als Bürgen stellt, und dieser zunächst sich allein für die Schuld verbürgt, so soll er auch allein für die ganze Schuld haften. Dadurch aber, daß der Hauptschuldner noch einen Zweiten, Dritten als Bürgen vor die Hauptschuld stellt, und der Gläubiger dieses zuläßt, beschränken sie den ursprünglich für das Ganze gegebenen ersten Bürgen auf die Hälfte, beziehungsweise auf ein Drittel des Umfangs der Hauptschuld. Dieser Umfang wird mit jedem neuen Bürgen in kleinere Theile getheilt, welche als selbstständige Obliga-

tionen für die einzelnen Bürgen gelten. Ist aber die Anzahl der Bürgen fixirt, so ist auch der Antheil des einzelnen Bürgen fest, und bleibt sich völlig gleich, wenn auch einer von den übrigen Bürgen stirbt oder verarmt [1]).

Da nach diesem Verhältniß der mehreren Mitbürgen zu einander der einzelne nur für seinen ursprünglichen Theil haftet, einen Theil, welcher für ihn die Hauptschuld ausmacht, so ist hier eine Einrede der Theilung gar nicht nöthig. Die Sache verhält sich hier gerade so wie bei der gesetzlich persönlichen Bürgschaft. Denn wie bei dem von einem armen Familienmitglied begangenen Todtschlag die einzelnen Familienmitglieder verpflichtet sind je nach dem Grade und je nach der Art der Verwandtschaft von Anfang an einen bestimmten Antheil zu dem Wergeld des Getödteten beizutragen [2]), so auch hat bei mehreren freiwilligen Mitbürgen der Einzelne seinen Antheil als den von ihm verbürgten Inhalt der Hauptschuld blos in dem Umfang zu leisten, in welchem er ursprünglich bestand, als durch mehrere Bürgen die eine Hauptschuld in mehrere für sich getrennte Schulden umgewandelt wurde.

2) Die mehreren Bürgen haben sich als Gesammtbürgen verpflichtet.

Gemäß der innigen Willensvereinigung und der gemeinsamen Form, mit welcher die Gesammtbürgschaft übernommen wird, ist der Gläubiger berechtigt, nach seinem Belieben einen von den Gesammtbürgen sich zur Bezahlung des Ganzen auszuwählen [3]).

---

1) Rechtsb. d. Dist., III, 12, 11: „Werden ouch me lute burgen vor eyn wergelt eyner sache, unde eyner gelobet hute, der ander morne . . . sy sullen daz mit enander geben. welcher under den sturbe, umbe des teyl leden dy andern keyne nod, wen sy nicht mit gesampter hand gelobet hatten."

2) Wilda, a. a. O., S. 389—398.

3) Walch, a. a. O., Bd. 4, Augsburger Statuten v. 1276, S. 386: „Wo Bürgen gesetzt werden mit den Selbstschollen unverscheidenlich, da hat jener wohl gewald deß die gült dá ist, daß er beklagt unter den Bürgen welchen er will aun gevärde, um sein gült." Seibertz, a. a. O., Bd. 2, Nr. 719, die alte Soester Schrae v. 1350, Cap. 52: „Lovet lude mit samender hant, so hevet dey cleghere dey macht, dat hey beclaghen

Ja der Gläubiger hat sich davor zu hüten, daß er bei seinem Benehmen gegen einen der Gesammtbürgen dessen Zusammenhang und Gleichstellung mit den übrigen Gesammtbürgen übersieht. Eine solche Rücksichtslosigkeit kann die Folge haben, daß er das Verfahren, welches er gegen einen der Gesammtbürgen aus besonderer Gunst beobachtet, unfreiwilligerweise auch gegen die übrigen einhalten muß. Hat er z. B. einem seine Verpflichtung erlassen [1]), so hat er sie allen übrigen erlassen, fordert er von einem nur einen Antheil, so kann er auch von einem jeden der übrigen nur eine Quote fordern [2]).

Neben dieser streng formellen Auffassung der Gesammtbürgschaft macht sich noch eine andere geltend, welche mehr berücksichtigt, daß nur einmal die ganze Schuld zu bezahlen ist, für welche mehrere Schuldner vorhanden sind. Diese Rücksicht führt zunächst dazu, daß der Gläubiger verpflichtet ist, sämmtliche Bürgen aufzufordern, daß sie ihm das Ganze leisten, was der Verbürgte hätte leisten müssen. Der Einfluß der Mehrheit der Bürgen zeigt sich also zunächst darin, daß sie sämmtlich zur Leistung angegangen werden müssen. Zunächst bleibt es nun den sämmtlichen Bürgen überlassen, in welchem Umfang ein jeder von ihnen zur Leistung des Ganzen beiträgt. Dem Gläubiger ist es ganz gleichgültig, ob einer mehr oder weniger beiträgt, wenn er nur zur bestimmten Zeit das Ganze erhält. Leistet nun einer der Gesammtbürgen nicht zur bestimmten Zeit,

---

mach wilkeren hey wil unde wilkeren hey be ghripet mit gherichte, deme mach hey volghen, also ey recht ist." Vergl. ferner Stobbe, a. a. O., S. 158.

1) Walch, a. a. O., Bd. 4, Augsburger Statuten v. 1276, S. 389.

2) Nach den Statuten von Dunkelsbühl, Buch 2, Tit. 9, 3, muß der Gläubiger den einzelnen Bürgen auf das Ganze belangen, denn belangt er einen nur auf einen Theil, so haften die übrigen auch nur pro rata. „Wann der Bürgen mehr sind dann einer, so ist ein jeder in solidum und unverscheidenlich für die ganze Summe verpflichtet, es wäre dann, daß der Kläger seinen Spruch um eine Anzahl der Summe oder Schulden gegen einen aus denen Bürgen insonderheit fürnehme, der würde damit der Uebermaaß clediget und die andere seine Mit-Bürgen sind auch alsdann und hinführo nicht unverscheidenlich verpflichtet sondern allein nach Anzahl."

so scheinen die Wirkungen eines solchen Falles verschieden gewesen zu sein. Nach einigen Rechten scheint es, als ob der Gläubiger, der seine sämmtlichen Bürgen zur Leistung ermahnte, genug gethan hätte, so daß, wenn einer der Gesammtbürgen nichts zur Leistung beitrug, die übrigen diesen Beitrag mit zu leisten hatten. Der Gläubiger, der alle Gesammtschuldner gehörig gemahnt hat, ist dann, wenn er trotz dieser Mahnung seinen Anspruch nicht vollständig befriedigt erhält, befugt, von einem der Gesammtschuldner das Ganze zu fordern. Er braucht nicht denjenigen auf die Leistung zu verklagen, welcher nichts oder nicht seinen ihn zunächst treffenden Antheil zur Gesammtleistung prästirte. Für diese Ansicht scheinen diejenigen Stellen zu sprechen, in welchen es lautet, daß die Gesammtschuldner, wenn sie bei Nichtleistung des Verbürgten gemahnt sind, jeglichen Schaden und Verlust dem Bürgenempfänger ersetzen würden [1]. Denn da hier nur gesagt wird: „Wir Gesammtbürgen versprechen, wenn wir gehörig gemahnt sind, jeglichen Schaden zu ersetzen“, so läßt sich annehmen, daß die Mahnung zwar an sämmtliche Gesammtbürgen erfolgen muß, dann aber es Sache der Gesammtbürgen ist, das Ganze zu leisten. Ein jeglicher von ihnen kann dann vom Gläubiger, der mit der Mahnung an alle seine Schuldigkeit gethan hat, auf Leistung des Ganzen gerichtlich belangt werden. Nach andern Rechten dagegen führt die Rücksicht auf eine Mehrheit der Bürgen dazu, daß man die von Anfang an auf das Ganze unbedingt lautende Verpflichtung des Bürgen sofort in eine eventuelle umwandelt. Der zur Leistung

1) Wippermann, a. a. O., Nr. 437, S. 278: „Wy... borgen... loven myd samender hand... were dat on... gebrek schude an betalinge... unde wii van on dar umme ghemanet worden... so willen wy unde schullen van stund en bynnen den erste achte dagen der manige... on de breke deger al unde wal vervullen myd guden reden gelde.“ S. 163, 194, 279, 280, 313. Daß die Mahnung an alle ging, geht aus den Worten der Stelle, Wippermann, a. a. O., S. 181: „weret dat on jennich brek worde an der betalinge... unde wy dar ume samende eder sonderen ghemanet worden“ hervor. Auch spricht für diese Ansicht, daß nach den Deutschen Grundsätzen über die Einrede der Vorausklage der Gläubiger nicht die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners festgestellt haben mußte, um gegen den Bürgen klagen zu können.

des Ganzen an und für sich verpflichtete Bürge kann zunächst nur auf eine Quote der versprochenen Leistung belangt werden. Die Annahme einer solchen Theilung lag allzu sehr in der Natur der Verhältnisse, als daß sie nicht häufig stattgefunden hätte.

Wenn auch in dem ältesten Recht nicht gerade bei der Bürgschaft diese Umgestaltung der Verpflichtung des Einzelnen auf das Ganze zu einer auf einen Theil erwähnt wird, so finden sich doch bereits bei Verbrechen solche Umgestaltungen angegeben. Wenn nämlich mehrere Personen zusammen, ohne daß sie ein contubernium oder das Gefolge eines Andern bilden [1]), Einen tödten oder bestehlen, so hat zwar ein jeder von ihnen, welcher trotz seiner Vertheidigung des Verbrechens überführt wird, die Compositionssumme vollständig zu bezahlen. Haben sie sich aber vor der Anklage zu einem einzigen Ganzen vereinigt, und erkennt ein jeder ohne Weigerung seine Schuld an, so braucht ein jeder nur pro rata zu der von ihnen nur einmal zu leistenden Composition beizutragen [2]). Wird daher ein Einzelner, welcher an und für sich allein auf die ganze Compositionssumme verpflichtet ist, aufgefordert, diese zu leisten, so braucht er diese nicht sofort zu leisten, sobald er versichert, daß er mit den Uebrigen nach Verabredung zusammen leisten werde.

Die mehreren Verbrecher sind also berechtigt, ihre mehrfache solidarische Obligation in eine Correalobligation umzuändern, ja deren Leistung unter sich zu vertheilen. Wenn daher in neuerer Zeit, sobald Mehrere zusammen ein und dieselbe Sache gestohlen haben, nur einmal das Gestohlene zu ersetzen ist, so nähert sich diese Bestimmung weit mehr dem ältern Deutschen Recht als dem Römischen.

---

1) Wilda, a. a. O., S. 609—625.

2) Edict. Rot., c. 12: „Si duo aut tres homines seu amplius liberi homicidium perpetraverint, et voluerint se adunare, ut in unum componant ipsum mortuum sicut appretiatus fuerit, sit eis licentia adunandi; formula: Petre, te appelat Martinus, quod tu occidisti patrem suum. Feci sed cum illo et illo volo me adunare et simul cum..“ c. 268: „Si plures homines furtum in unum fecerint tam liberi quam servi, liceat eis, si voluerint, se adunare et furtum ipsum in octogilt reddere. Et si ex ipsis aliquis se subtraxerit, pro se tantum legibus componat, id est furtum sibi nonum reddat.“

Da bei einem von mehreren Personen begangenen Verbrechen eine Vereinigung zu einer einzigen in Theilen zu praestirenden Composition statthaft ist, so muß sie umsomehr in dem Falle zulässig sein, wo auf rechtmäßige Weise für ein und dieselbe Verpflichtung mehrere Personen Bürgen zur gesammten Hand werden. Es ist natürlich und gerecht, daß das, was bei ein und demselben Verbrechen immer einer besondern Verabredung bedurfte, bei der rechtmäßigen Bürgschaft von selbst eintritt, oder daß doch wenigstens den Bürgen gestattet wird, sich auf eine solche Verabredung zu berufen. Wie daher bei einer Gesammtbelehnung die Belehnten das Lehn in gleicher Gewere besitzen und sich in die Nutzungen gleich theilen, so auch wird bei dieser Gesammtbürgschaft die Verpflichtung gleichmäßig unter die mehreren Gesammtbürgen vertheilt. Diejenigen Erscheinungen, welche bei dem dinglichen Verhältniß, der Gesammtgewere vorkommen, wiederholen sich bei der Gesammtbürgschaft, dem obligatorischen Verhältniß, soweit solches bei der Verschiedenheit der dinglichen Natur von der obligatorischen möglich ist.

Ein jeder von den Bürgen hat daher verhältnißmäßig seinen Antheil zur verbürgten Verbindlichkeit zu leisten. Da Keiner von dem Andern bei Uebernahme der Bürgschaft sich unterscheidet, so hat Einer soviel wie der Andere beizutragen [1]). Wenn man behauptet, daß nach der Glosse zum Sachsenspiegel diese Vertheilung auf einer besondern Verordnung des Kaisers Otto II. beruht [2]), so übersieht man, daß diese Theilung in dem Wesen und in der freiern Entwickelung der Deutschen Gesammtverbindlichkeit liegt. Es war nicht, wie im Römischen Recht beim beneficium divisionis, ein ganz besonderes Privileg nöthig, um bei mehreren Bürgen eine Theilung zu begründen. Der Bürge

---

1) Prager Statutarrecht, Art. 125. Prager Rechtsbuch, Art. 11. Sächs. Landr., III, 85, 1, 2. Hamburger Stadtr. v. 1270, VII, 8; v. 1292. H. VI; v. 1497, L. III. Rechtsb. d. Dist., III, 12, 9.

2) Glosse zum Sächs. Landr., III, 85, 1, 2. Schilter, Praxis jur. Rom. in foro Germ., exerc. 48, §. 19. Vergl. auch Walter, Deutsche Rechtsgesch., §. 531, Note 14. v. Savigny, Gesch. d. Römischen Rechts im Mittelalter, Bd. 2, §. 79.

braucht nicht, wie im Römischen Recht, wenn er sich auf die Theilung beruft, die Zahlungsfähigkeit der übrigen Bürgen nachzuweisen. Hat ein Bürge, der vom Gläubiger auf das Ganze belangt wurde, dasselbe geleistet, so ist er berechtigt, da er sich auf die Einrede der Theilung nicht zu berufen braucht, von einem jeden der übrigen Bürgen verhältnißmäßig Ersatz des Geleisteten zu fordern [1]). Zahlt dagegen ein Bürge zunächst nur seinen Antheil entweder freiwillig oder auf gegen ihn erhobene Klage des Gläubigers, so hat er damit vor der Hand seiner Verbindlichkeit genügt. Der Gläubiger kann nicht verlangen, daß ein Bürge ihm die andern Bürgen stellt, oder deren Zahlungsfähigkeit nachweist, sondern er muß selbst sie um ihre Leistung angehen [2]). Ist freilich einer von diesen zahlungsunfähig, oder hat er sich der Rechtsverfolgung entzogen, oder ist er gestorben, so müssen die übrigen noch lebenden und zahlungsfähigen Gesammtbürgen dessen Antheil noch mitbezahlen. Denn wenn auch ein jeder einzelne Bürge nach der Anzahl der Bürgen zunächst nur seinen Antheil zu leisten hat, so bleibt er daneben doch als Gesammtschuldner, als Vertreter der übrigen nach Außen hin, auf das Ganze verpflichtet [3]). Auch hier zeigt sich die Aehnlichkeit

---

1) Hamburger Stadtr. v. 1270, VII, 8: „Mer lovet lude mit samender hand, alle de men hebben mach, de scholen gelden to der loveden tid.“ Sächs. Landr., III, 85, 1: „Svar mer lüde den ein geloven to samene en weregelt oder en ander gelt, al sin si it plichtig to lestene, die wile it unvergulden is, unde nicht ir jewelk al, mer manlik also vele alse ime geboret unde alse vern als man in dar to gedvingen mach von gerichtes halven die, deme it dar gelovet is, oder die it mit ime gelovede, of he it vor ine vergulden hevet.“ Walch, a. a. O., Bd. 4, Augsb. Statuten v. 1276, S. 386. Dagegen haftet auch den übrigen Gesammtbürgen, was einer von ihnen in Bezug auf die Schuld vom Hauptschuldner erhält, z. B. ein Pfand. Michelsen, Oberhof zu Lübeck, Nr. 131.

2) Sächs. Landr., III, 85, 1. Hamburger Stadtr. v. 1270, VII, 8; v. 1292, H. VI; v. 1497, L. III.

3) Prager Statutarrecht, Art. 91. Günther, Codex diplom. Rheno-Mos., Bd. 1, S. 440; Bd. 2, S. 167, 221. Hamburger Stadtr. v. 1270, VII, 8: „Mer were erer kumpane welk dot ofte verarmet, de dar leveden, ofte ere erven unde de gelden mochten, scholden dat

der Gesammtverbindlichkeit mit der Gesammtgewere. Denn wie dann, wenn von denjenigen, welche ein Lehn mit gesammter Hand erhalten haben, einer stirbt, die übrigen Gesammthänder den Antheil des Verstorbenen erhalten, ein jeder von ihnen verhältnißmäßig einen Zuwachs der Nutzungen erlangt, so auch haben beim Tode eines Gesammtbürgen die übrigen Gesammtbürgen dessen Antheil zu leisten, ein jeder von ihnen bekommt verhältnißmäßig einen Zuwachs zu seinem Antheil. Aus dieser Natur der Gesammtverbindlichkeit folgt denn auch, daß wenn nur noch einer von den Gesammtbürgen am Leben geblieben ist, dieser allein, nicht die Erben der Verstorbenen, die Schuld zu entrichten hat [1]). Denn dieser Eine ist nur noch der einzige Vertreter der Gesammtverbindlichkeit, in seiner Person sind gleichsam die Persönlichkeiten aller verstorbenen Gesammtverpflichteten vereinigt.

Während jedoch nach den ältern Rechtsquellen im Falle der Armuth oder der Flucht des Gesammtbürgen gewöhnlich die übrigen Gesammtbürgen, nicht dessen Erben haften [2]), so sind

---

gut gelden alle gelik." Thomas, Oberhof zu Frankfurt, S. 552, Nr. 115, a. 1430. Philipp von Falkenstein läßt einen Brief vorlesen, nach welchem „unser Herr von Cölne . . . bürgermeister, rad und bürger der stad zu Bonne" sich demselben für 1620 Gulden verschrieben, die er für voll von Gobel Fisch fordert. Derselbe erbietet sich zur Zahlung 1/5, was von den Schöffen auch für billig erklärt wird mit Vorbehalt Philipp's Anspruchs für den Rest an die übrigen Schuldner, „es sey dann, daß er bewise sie seyen furflüchtig oder lantrünnig." Man pflegte diese Verpflichtung der übrigen Schuldner nur dann anzunehmen, wenn der Gläubiger wegen des abgegangenen Bürgen die andern Bürgen besonders gemahnt hatte. S. 557—559. In andern Quellen wird schon erwähnt das beneficium Hadriani. Lacomblet, a. a. O., Bd. 2, Nr. 794, a. 1280. Schwäb. Landr. v. Laßberg, Cap. 6.

1) Rechtsb. d. Dist., III, 12, 9, 10. Prager Rechtsb., Art. 11. Pertz, Monum. Germ., tom. III, Hludovici II. imp. Capitularia diver. a. 875, c. 42: „Si de una causa plures fidejussores dati fuerint, et unus ex ipsis fidejussoribus mortuus fuerit, ut proinde causam suam non perdat, sed pro eo qui de illis fidejussoribus vivi sunt, solvatur quod promisit."

2) Bamberger Stadtr., Art. 232: „Setzt er aber annder leut zu Im mit selb schulld. . . . sterben aber die mit selbschulld, oder entweichen,

doch nach einigen Rechten beim Tode eines Gesammtbürgen dessen Erben, nicht die übrigen Gesammtbürgen verpflichtet, für den Verstorbenen einzustehen [1]).

Wenn auch die lebenden zahlungsfähigen Gesammtbürgen den Antheil des verarmten, entflohenen oder gestorbenen Gesammtbürgen mit übernehmen müssen, so hat doch der Gläubiger keineswegs das Recht, nach seiner Willkür einem der Verpflichteten seine Verpflichtung zu erlassen und auf diese Weise die Verpflichtung der übrigen zu vermehren [2]). Denn sonst würde er ja nach seiner Willkür das Recht auf Theilung den Bürgen schmälern können. Hat er daher einem der Gesammtbürgen seinen Antheil erlassen, so brauchen die übrigen dessen Antheil nicht mitzuleisten. Sollen sie diesen leisten müssen, so muß der Erlaß mit ihrer Einwilligung erfolgen.

Die Natur einer echten Gesammtbürgschaft mit Ausschluß einer jeden Theilung ist am längsten bewahrt worden in der Bürgschaft zum Einlager. Da die zum Einlager verpflichteten Personen ursprünglich mit ihrer Person, nicht mit ihrem Vermögen haften, da sie sämmtlich auf Kosten des Hauptschuldners sich so lange am Ort der Einlagerung aufzuhalten haben, als bis derselbe seine Verbindlichkeit erfüllt hat [3]), so kann die Anzahl der Einlagerer

---

ee sie mit gericht zu bekenntnuss bracht werden und ee Inn der selbschulde von gerichts wegen geboten ist zu richtenn: so soll die selbschullde nit erben auf des mitselbschullden wirtin, noch auff seine kind u. die haben nichts domit zu schickenn, es wern dan brieff daruber, dar Inne eins mit selb schulldenn wirtin unnd sein erben mit wissen verschrieben werden."

1) Schwäb. Landr. v. Laßberg, Cap. 6. Hamburger Stadtr. v. 1270, VII, 8. Vergl. auch Stobbe, a. a. O., S. 169, 170.

2) Stadtr. v. Hamburg v. 1270, VII, 8: „Were it ok also, dat he (der Gläubiger) welken vordregen wolde dor vruntshop ofte dor leve, unde mochten de anderen dat getugen dat se alle leveden unde wol gelden mochten, so scholde malk mer syn deel gelden." Stadtr. v. 1292, H. VI; v. 1497, L. III. Prager Statutarrecht, Art. 125: „Wen sich mer person umb schult vorschreiben . . . unvorscheidenlich . . . das sich cheiner von dem anderm mit seinem teile muge lassen an der andern wille."

3) Stobbe, a. a. O., S. 178, 179.

keinen Einfluß ausüben auf den Umfang ihrer Verbindlichkeit. Wenn auch noch so viele Personen zum Einlager verpflichtet sind, so ist solches an und für sich für den Umfang ihrer Verbindlichkeit ohne Bedeutung, ihre Verpflichtung bleibt an und für sich untheilbar. Da jedoch die Verbindlichkeit, für welche die Einlagerer am Einlagerungsort zu verweilen pflegen, theilbar sein kann, so kann diese Theilbarkeit der Hauptobligation auch eine der Einlagerung herbeiführen. Man zerlegt nämlich die theilbare Hauptverbindlichkeit in mehrere gleiche Theile in der Art, daß zunächst für einen dieser Theile ein Einzelner einzulagern hat [1]). Derselbe kann sich nun von der Verbindlichkeit mit seiner Person einlagern zu müssen dadurch befreien, daß er den ihn treffenden Antheil an der Hauptverbindlichkeit leistet. Die ursprünglich an die physische Person des Einlagerers gebundene, streng persönliche Verpflichtung wird auf diese Weise in eine rein vermögensrechtliche umgewandelt. Hier muß natürlich auch die bei der sonstigen Gesammtbürgschaft übliche Regel gelten, daß erst dann die Einlagerer von ihrer Verpflichtung befreit werden, wenn sämmtliche Einlagerer ihre Antheile zur Schuld entrichtet haben [2]).

Alle diese verschiedenen Verhältnisse der Gesammtbürgschaft und Mitbürgschaft sind nach Aufnahme des Römischen beneficium divisionis und des Begriffs der Bürgschaft als einer Correalobligation in verschiedener Weise aufgefaßt und angewandt worden. Meistens fehlt den spätern Rechtsbüchern und Praktikern eine klare Vorstellung von der ursprünglichen Bedeutung und

---

1) Wippermann, a. a. O., S. 121, 279. Codex diplom. Rheno-Mos. v. Günther, Bd. 2, Nr. 125. Die verwittwete Gräfin Mechtild v. Sayn gibt dem Herrn von Blankenheim statt der ihm versprochenen Hälfte an Hunolstein Güter bei Sachsenberg und Ahrweiler. Sie verbürgt den Vertrag mit Bürgen zum Einlager: dedi fidejussores dominum meum... Philippum dominum de Wildenberg qui dabit, cum monitus fuerit, pro parte ipsum contingente suam hereditatem." Stobbe, a. a. O., S. 195.

2) Wippermann, a. a. O., S. 279: „Ok en scholen wii sakewolden unde borgen alle.. noch en willen unser neyn sek myd sinen antael hir af scheden ifte losen."

von dem wahren Unterschied der Deutschen Mitbürgschaft und Gesammtbürgschaft. Namentlich beachten sie nicht, daß die Form der Bürgschaftserrichtung, die Art und Weise wie der ursprüngliche Schuldner die Bürgen stellt, ob er sie vor sich, neben sich und zu sich, für sich stellt, von Einfluß ist auf die rechtlichen Wirkungen der Bürgschaft.

Nach vielen Praktikern und Rechtsbüchern vernichten die Formeln: „Alle für Einen und Einer für Alle, Sammt und Sonders" bei mehreren Bürgen nicht die Römische Einrede der Theilung, sondern haben höchstens nur die Wirkung, daß, wenn ein Bürge stirbt, nicht dessen Erben, sondern die übrigen Bürgen verpflichtet sind, dessen Antheil zu leisten [1]).

Zur wirklichen Ausschließung des beneficium divisionis ist nöthig, daß ausdrücklich auf dasselbe verzichtet worden ist [2]).

Während auf diese Weise trotz der Formen der Deutschen Gesammtbürgschaft der Gläubiger an seinem Recht verkürzt wird, weil er, wenn ein ursprünglich zahlungsfähiger Gesammtbürge

---

1) Wehner, Pract. observ., p. 423. Statuten von Mühlhausen, Buch 3, Art. 68. Stadr. v. Böhmen u. Mähren, S. 380. Nürnberger Reformation, II, 19, 2.

2) Carol. de Mean, Observ., obs. 426, No. 9, 12. Möller, Const. et ordinat. Aug., pars II, c. 17, p. 213, 214. Wehner, Pract. observ., p. 423. Carpzov, Responsa, II, 6, 73, 9—12. Richter, Consilia, vol. II, c. 253, No. 7; c. 375, No. 9, 10; c. 376. Berlich, Consilia, cons. 336, No. 80—83. Hartm. Pistoris, Quaest., lib. I, qu. 48, No. 12—14. Christianae Decis., lib. VIII, tit. 41, No. 6. Nürnberger Reformation, Buch 2, Tit. 19, Cap. 2. Reformation des Rechts von Jülich und Berg, c. 105. Codex Ferdinand.-Leo-Carol., p. 33. Landrecht von Ober- und Niederbaiern, Tit. 19, Art. 3. Reformation der Stadt Frankfurt, Th. 2, Tit. 16, §. 7. Reformation der Stadt Worms, 1561, Buch 5, Th. 3, Tit. 1. Schilter, Prax. jur. Rom. in foro Germ., exerc. 48, §. 15, 16. Reyscher, Würtemberg. Privatrecht, Buch 2, §. 475. Code civil, §. 2025. Landr. d. Markgrafschaften Baden u. Hohberg, Th. 4, Tit. 15, §. 2. Nach dem Mecklenburger Recht (v. Kamptz, Meckl. Civilr., Bd. 2, S. 477, 478) muß sich ausdrücklich der Bürge entziehen dem Mecklenb. herrschaftl. Landesgerichtsgebrauch und der Bürgschaftsfähigkeit der übrigen Mitbürgen. In der Pommerschen Lehnscurie braucht trotz des ausdrücklichen Verzichts auf das beneficium divis. nur jeder seinen Theil zu zalen.

später zahlungsunfähig wird, dessen Antheil von den übrigen nicht noch nachfordern darf; wird dagegen nach andern Rechten das Recht des Gläubigers bei der Gesammtbürgschaft im Verhältniß zu früher erweitert oder doch anerkannt. Ist nämlich eine Gesammtbürgschaft begründet, wie z. B. mit der Formel: „Alle für Einen, Einer für Alle", so fällt die Einrede der Theilung vollständig weg. Der Gläubiger ist nicht mehr wie im ältern Deutschen Recht verpflichtet, von einem jeden seinen Antheil besonders zu fordern [1]). Diese verschiedene Auffassung der Gesammtbürgschaft zeigt sich auch in dem Falle, wo Jemand zugleich Bürge und Selbstschuldner wird. Diese Worte bezeichnen die Bürgschaft, welche im ältern Deutschen Recht dadurch entstand, daß der ursprüngliche Schuldner den Dritten nicht vor sich, sondern neben sich setzt und beide mit einander die Schuld übernehmen. Diese alte Neben- und Gleichstellung haben, wenn auch unbewußt, viele Juristen noch in der Weise anerkannt, daß sie bei dem angeblichen Bürgen das beneficium excussionis ausschließen, während andere mit gänzlicher Verkennung der ursprünglichen Entstehungsform einer solchen Bürgschaft dem Bürgen sogar diese Rechtswohlthat zugestehen [2]). Während durch ein solches Zugeständniß der Bürge sehr begünstigt wird, haben einzelne Rechte das Recht, was die Mitbürgen im ältern Recht

---

1) v. d. Nahmer, a. a. O., Stadtr. v. Wimpffen, §. 6, S. 1141. Landr. v. Saarbrück, S. 995. Chur-Mainzer Landr. v. 1755, Tit. 20, §. 4, S. 738. Scheplitz, Consuet. march. et elect. Brandenburg., p. 342. Pütter, Auserles. Rechtsfälle, Bd. 3, S. 760. Mevius, Decis., pars. III, d. 362; pars IX, d. 186, No. 10. Mevius, Commentarius ad. jus Lub., lib. III, tit. V, No. 13. Consilia Tubing., lib. III, c. 204, No. 18—20. Consilia Marburg., lib. II, c. 12, No. 120. Thoring, Decisiones Lip., d. 547, No. 9. Besoldi Thesaur.: unverschiedene Bürgen. Daniel Möller, Consilia, c. 17, No. 11. Hamburger Stadtr. v. 1603, Buch 2, Tit. 6, Art. 8. Oestr. Gesetzb., §. 1359. Preuß. Landr., I, 5, §. 424; I, 14, §. 375. Hering, a. a. O., Cap. 17, Nr. 49—53.

2) Gegen das Wegfallen des beneficium excussionis sind außer den von Girtanner, a. a. O., S. 240—247, citirten Juristen auch Uranius, Consilia, tom. II, cons. 16, No. 6. Reformation der Stadt Frankfurt, II, 16, 7. Dafür: Statut von Mühlhausen aus d. 17. Jahrh., Buch 3, Art. 64. Statut von Dunkelsbühl, Buch 2, Tit. 9, §. 2. Katzenellen-

hatten, sehr beschränkt. Denn von ihnen, welche früher selbst dann, wenn Einer nach dem Andern, der Eine heute, der Andere gestern, die Bürgschaft übernommen hatte, nur pro rata von Anfang bis zu Ende der Bürgschaft hafteten, haftet ein jeder nach diesen Rechten auf das Ganze, ohne einmal zum beneficium divisionis berechtigt zu sein [1]).

§. 12.

Die Erblichkeit der Bürgschaft.

I. Der Tod des Bürgen.

Während beim Tode eines Gesammtbürgen der Gläubiger nicht leicht einen Nachtheil erleidet, da die übrigen noch lebenden Gesammtbürgen für den Verstorbenen zu leisten haben, oder sogar der Schuldner an die Stelle des Verstorbenen einen andern gleich guten Bürgen stellen muß [2]), so können dagegen die Folgen von dem Tode eines Bürgen für den Gläubiger weit nachtheiliger werden, sobald der Gestorbene der einzige Bürge ist. Diese Folgen sind je nach der verschiedenen Entwickelung des Personen-, Erb- und Familienrechts sehr verschieden.

Fast alle Germanisten nehmen für die ältere Zeit an, daß

---

bogische Landordnung v. 1516, c. 15, §. 4. Nürnberger Reformation v. 1564, Th. 2, Tit. 19. Vergl. auch Preuß. Landr., I, 14, §. 297. Oestr. Gesetzb., §. 1357; ferner Müller, in d. Zeitschr. f. Deutsch. R., herausgeg. v. Reyscher, Bd. 1, S. 342 fg. Paulsen, in ders. Zeitschr., Bd. 4, S. 146. Stobbe, a. a. O., S. 156, 157.

1) Stryk, Usus modern. pand., lib. 45, 2, §. 4, Cautel. contr. sect. 2, c. 5, §. 10, sagt, „ein Bürge nach dem andern hat das beneficium div., wenn sie nicht dieselbe Urkunde unterzeichnen oder sich auf ein und dieselbe beziehen. Würtemberger Privatrecht v. Reyscher, §. 359, 475. Oestr. Gesetzb., comm. v. Zeiller, §. 861, 896, 1359. Bornemann, Preuß. Civilrecht, Bd. 2, §. 325, Nr. 6.

2) Wippermann, a. a. O., S. 180: „Weret dat der jennich afghinge van dodes weghene ... alto hand schon wy unde willet enen anderen moghelken borgen in des ut gestorven stede wyeder setten. S. 194.

der Erbe des Bürgen aus dessen Bürgschaft nicht haftet [1]). Die meisten berufen sich für ihre Ansicht einfach auf die Quellen des ältern Rechts [2]), ohne sie specieller zu begründen. Nach Stobbe [3]) soll die Nichterblichkeit liegen in der germanischen Auffassung des Vertrags. Derselbe beruhe häufig auf der Treue und sei darum höchst persönlich, und erlösche daher mit dem Tode. Nach Gerber [4]) haftet nicht der Erbe des Bürgen, weil bei ihm die persönlichen Motive fehlen, welche den Erblasser zur Uebernahme der Bürgschaft bewogen. Beide Ansichten beachten zu wenig die Form, in welcher der ursprüngliche Schuldner die Bürgschaft begründet. Da der Bürge wie eine Sache gestellt wird, so ist zum Uebergang der Bürgschaft auf seine Erben nöthig, daß ihr Erblasser den Eintritt der Zahlungsaufforderung erlebt hat. Denn erst durch die gegen den Bürgen gerichtete Zahlungsaufforderung wird die eng an seine physische Persönlichkeit geknüpfte Verbindlichkeit eine seines Vermögens. Es fehlt bei seinen Erben das Setzen, Stellen, wodurch die Person des Erblassers als Bürge gestellt ward. Folglich müssen mit dem Tode der zum Bürgen hingegebenen Person auch die Folgen dieses Acts aufhören. Auf seinen Erben können sie nicht einwirken, da dessen Person nicht hingegeben worden ist. Wie in dem Falle, wo

---

1) Albrecht, Die Gewere, S. 103, 104, Note 521. Beseler, System d. gem. Deutsch. Privatrechts, §. 128. Gengler, Lehrb. d. Deutsch. Privatrechts, S. 760—762. Walter, Deutsche Staats- u. Rechtsgesch., §. 531. Mittermaier, Deutsch. Privatrecht, §. 295, Aufl. 5. Gerber, Deutsch. Privatrecht, §. 202, Note 3. Müller, in d. Zeitschr. f. Deutsch. R., herausgeg. v. Reyscher, Bd. 1, S. 328. Stobbe, a. a. O., S. 133, 134. Dagegen ist Eichhorn, Deutsch. Privatrecht, §. 120, Note c.

2) Walch, a. a. O., Bd. 2, Erfurter Statuten aus d. 14. Jahrh., S. 37. Bamberger Stadtr., Art. 215. Freiburger Stadtr. v. 1293, §. 16. Rechtsb. d. Dist., III, 12, 1, 2, 3. Kulmer Recht, III, 112. Goslarsche Statuten, S. 7, Z. 15—17, S. 71, Z. 16—18, S. 151, 152. Münchener Stadtr., Art. 219: „Ez wellent die purger ... daz chain porgschaft hie ze Münichen erbe an frauen oder an chint, ez sei dann, daz sie darumb gelobet habent oder lobent ze geben.“ Ueber andere Stellen siehe Stobbe, a. a. O.

3) Stobbe, a. a. O.

4) Gerber, a. a. O.

eine Sache, die als Pfand ebenfalls wie die Person des Bürgen hingegeben wird, nicht mehr vorhanden ist, das Pfandrecht aufhört, so auch hört auf beim Tode des Bürgen die Bürgschaft. Je stärker der Einfluß des ursprünglichen Zusammenhangs der Verbürgung mit der Verpfändung ist, je mehr die Rücksicht auf die ursprüngliche Form der Bürgschaft vorherrscht, desto enger knüpft sich die Bürgschaft an die Person des zum Bürgen gegebenen Subjects.

Der Nichtübergang der Bürgschaft auf die Erben des Bürgen gilt namentlich bei der Verbürgung zum Einlager und führt bei ihr zu folgenden Wirkungen. Da die Verpflichtung zum Einlager als eine an und für sich zunächst nur an die Person [1]), nicht an das Vermögen geknüpfte Bürgschaft am allerwenigsten einen Uebergang auf die Erben eines verstorbenen Einlagerers zuläßt, selbst wenn bereits die Einlagerung stattgefunden hat, so sind die Einlagerer verpflichtet, wenn einer von ihnen stirbt, binnen einer bestimmten Zeit, binnen sechs Wochen, binnen einem Monat, binnen fünfzehn Tagen einen Neuen als Einlagerer zu stellen [2]), welcher dem Verstorbenen gleichsteht. Dieses Recht die Stelle des Gestorbenen durch einen Andern vertreten zu lassen hat überhaupt bei der Bürgschaft, namentlich bei der processualischen, dazu geführt, daß der frühere Bürgenempfänger verpflichtet ist, wenn ein Bürge stirbt, einen neuen an die Stelle des verstorbenen anzunehmen, wenn der erstere ebenso gut wie der letzte ist [3]).

Da mit dem Tode des Bürgen die Bürgschaft erlischt, so

---

1) Vergl. z. B. Niesert, a. a. O., Bd. 1, Abth. 2, Nr. 89, a. 1269: „Omnes et singuli fide data promiserunt pro suis tantum personis... constituentes nihilominus se simul cum predictis principales debitores in solidum.“

2) Lacomblet, a. a. O., Bd. 2, Nr. 429, 588. Böhmer, Codex diplomat. Francof., S. 115, a. 1257; S. 132, a. 1264; S. 163, a. 1273; S. 188, a. 1279; S. 311, a. 1297; S. 521, 522, a. 1333; S. 570, 571, a. 1341. Thomas, Oberhof zu Frankfurt, S. 557—559. Im Mecklenburgischen gilt jetzt noch die Regel, daß die Verpflichtung zum Einlager selbst dann nicht auf die Erben übergeht, wenn die Erben ausdrücklich bei der Verpflichtung zum Einlager mit genannt sind. v. Kamptz, Mecklenb. Civilrecht, Bd. 2, S. 476.

3) Schon im Burgundischen Recht, Tit. 82, §. 2, muß der Bürgenempfänger an die Stelle des Verstorbenen einen satis idoneum novum annehmen.

hat auch die Beerbung des Verstorbenen von Seiten des Gläubigers keinen Einfluß auf das Recht des letztern gegen den Hauptschuldner. Der Gläubiger bleibt Gläubiger ganz in derselben Weise, wie solches im Römischen Recht gilt [1]), wenn der Gläubiger den Bürgen beerbt. Die Bürgschaft geht aber dann auf die Erben über, wenn der Bürge starb, als er bereits aus der Bürgschaft verklagt oder doch verurtheilt ist. Stobbe erklärt dieses als eine Ausnahme von der Regel [2]). Es ist dieses aber wol keine Ausnahme, sondern ein aus Natur und Form der Bürgschaft hervorgehender Grundsatz. So lange der Bürge noch nicht verklagt oder doch verurtheilt ist, so lange ist die Verpflichtung des echten Bürgen im engern Sinne noch eine subsidiäre, eventuelle, von dem Verzug des Verbürgten abhängige, überhaupt die Verbindlichkeit eines jeden Bürgen noch ganz eng mit seiner Person verwachsen [3]). Er vertritt durch seine Person mehr die Stelle eines Sicherheitsobjects als eines selbstständigen Schuldners. Stirbt er daher, ehe der Verzug des Verbürgten feststeht, ehe der Bürge sofort schuldet, ehe er aus seiner passiven Stellung, wo gleichsam seine Verbind-

---

Vergl. ferner Rhetorica v. Hügen, a. 1540, S. 201, 202, 204. Pruckmann, Opuscula, pars II, tit. de regal., membr. II, 6. Wippermann, a. a. O., S. 181, 194.

1) Vergl. v. Savigny, Obligationen, Bd. 1, S. 195, 196. L. 71 D. de fidejuss. (46, 1). Seuffert, Archiv f. Entscheid. d. oberst. Gerichtsh., Bd. 9, Nr. 272.

2) Goslarsche Statuten, S. 7, Z. 15—17; S. 71, Z. 16—18. Rechtsb. d. Dist., III, 12, 4. Bamberger Stadtr., Art. 215, 216: „Wer burger wurdt . . den sol man monen mit dem putel unnd in mit gericht zu leistung bringen . . . unnd soll im sunst kein monung schaden wan so im die leistung von gericht gepoten wurdt, unnd das er dan nit leistet, so wer er selb schuldig woren, wan er vor Gericht darumb beclagt wurdt unnd die selb shuld. nach dem und er im bekennet dan erbt auff sein erben, ob er sturb, ee er sie bezallt unnd sunst erbt kein purgschafft." Vergl. Nürnberger Reformation, Th. 2, Tit. 19, §. 3, 4, in den Erläuterungen.

3) Der Grundsatz des Code civil, Art. 2015, daß die persönliche Verhaftung des Bürgen nicht übergeht auf dessen Erben, gilt für alle Verpflichtungen aus der Bürgschaft. Denn alle sind einstweilen noch mit seiner Person verwachsen.

lichkeit noch ruht, durch die Klage des Gläubigers vertrieben ist, ehe die Verbindlichkeit seiner Person eine seines Vermögens geworden ist, so muß mit ihm auch seinen Verpflichtung aufhören. Durch die auf Bezahlung gegen ihn erfolgte Klage, beziehungsweise Verurtheilung verwandelt sich dagegen seine eventuelle Verbindlichkeit in eine gegenwärtige, seine ursprünglich rein persönliche in eine bestehende seines Vermögens. Der Bürge wird aus einem subsidiären Schuldner ein sofort zahlungspflichtiger Hauptschuldner. Wie das Pfand der Gläubiger sofort zur Zahlung verwenden kann, sobald der Schuldner dasselbe nicht zur gehörigen Zeit einlöst, so auch muß der Bürge alsbald zahlen, wenn der Hauptschuldner den Gläubiger nicht zur gehörigen Zeit bezahlt.

Je mehr sich nun der Einfluß der ursprünglichen Form der Bürgschaft verliert, je mehr der Bürge nicht gleichsam als ein Pfand sondern als ein Correalschuldner angesehen wird, desto stärker ist auch der Einfluß der Bürgschaft auf sein Vermögen, auf seine Hinterlassenschaft. In einzelnen Ländern dauert es freilich längere Zeit, ehe der Grundsatz zur Anwendung kommt, daß der Erbe des Bürgen auch dann haftet, wenn der letztere stirbt, ohne daß er bereits wegen seiner Bürgschaft verklagt war [1]). Auch gilt hie und da noch die Bestimmung, daß der Gläubiger nach dem Tode des Bürgen dessen Erben von der Bürgschaft benachrichtigen muß, wenn er will, daß sie aus der Bürgschaft ihm haften sollen [2]). Die andern Rechte dagegen, wie der Schwaben-

1) In Sachsen dauerte es ziemlich lange Zeit; vergl. Brückmann, Consilia, cons. 3, No. 14. Richter, Consilia, lib. II, c. 253, No. 21, 22. Vergl. ferner Stadtr. v. Böhmen u. Mähren, S, 384. Hohenloh. Landr., Tit. 15, §. 6. Statuten v. Erfurt, Art. 90. Statuten v. Mühlhausen, Buch 3, Art. 67. — Ueber die Normandie, Lüneburg, Schwarzburg, Stollberg vergl. Richter, Consilia, II, c. 253, No. 21, 22; c. 372. Mevius, Commentarius ad. jus Lub., lib. III, tit. 5, art. 2, No. 20. — Ueber Mecklenburg: v. Kamptz, Meckl. Civilr., Bd. 2, S. 473, 476.

2) Nach dem Oestr. Gesetzb., §. 1357, muß der Bürgenempfänger die Erben des Bürgen binnen 3 Jahren auffordern, sobald die Bürgschaft weder durch Hypothek noch Faustpfand bestärkt ist; nach dem Recht von Rostock hat er sie binnen Jahr und Tag von der Bürgschaft ihres Erblassers zu benachrichtigen; vergl. v. Kamptz, Meckl. Civilr., Bd. 2, S. 473.

spiegel und die mit ihm verwandten Rechte [1]), haben schon frühzeitig, weil sie in dieser Beziehung unter dem Einfluß des Römischen Rechts den Bürgen mit dem Verbürgten gleichstellen, die Bürgschaft auf die Erben des verstorbenen Bürgen übergehen lassen. Der Nichtübergang der Bürgschaft auf die Erben des Bürgen, welches früher allgemeine Regel war, wird jetzt nur dann zugelassen, wenn solches vom Bürgen besonders ausbedungen war [2]). Hier bewährt sich auch der in andern Rechtslehren übliche Grundsatz, daß diejenigen Regeln, welche in den ältern Quellen allgemein gelten, später entweder gänzlich aufhören, oder einer besondern Willenserklärung der Privaten zu ihrer Gültigkeit bedürfen. In solchen Fällen zeigt sich neben der Fortbildung und dem Fortschritt des allgemein üblichen Rechts zugleich dessen Zusammenhang mit dem ältern.

II. Der Tod des Verbürgten.

Während früher der Tod des Bürgen die Bürgschaft aufhob, später sie aber bestehen ließ, so sind die Folgen, welche bei dem Tode des verbürgten Hauptschuldners für dessen Bürgen eintreten, sehr verschieden je nach dem Zweck der Bürgschaft. Folgende Fälle sind hier zu unterscheiden.

a) Der Bürge hat sich verbindlich gemacht den Verbürgten vor Gericht zu stellen.

Der Bürge ist hier vollständig von jeder Verbindlichkeit befreit, wenn er den Beweis des Todes desselben liefert. Dieser Beweis ist verschieden, je nachdem der Verbürgte um eine Strafsache oder Civilsache verklagt ist. Hat nämlich der Bürge den eines Verbrechens Angeklagten vor Gericht zu stellen, so muß er

---

1) Schwäb. Landr. v. Laßberg, Cap. 7. Ruprecht, Rechtsbuch, I, 190. Siegel, a. a. O., S. 185.

2) Schwäb. Landr. v. Laßberg, Cap. 7: „und ist der tote man jemens burge gewesen, die erben müzen jenem gelten gein dem er da burge was, ez enhabe danne der tote man uz genomen mit bescheidenen worten, also ich wirde gein in burge also, ob ich sterbe, daz min erben ledic sin.“ Preuß. Landr., I, 14, §. 336.

die Person des Verstorbenen vor Gericht bringen [1]) und dessen natürlichen Tod beschwören. Dieser Grundsatz ist eine Grundregel des ältern Deutschen Beweisverfahrens, welche sich auch bei dem Tode vor Gericht zu bringender Thiere in gewisser Weise wiederholt. Denn ihre Haut muß zum Beweis ihres Todes vorgebracht werden, während bei vorzubringenden Sklaven, die als Unfreie nicht mit ihrem todten Körper vor das Gericht der Freien vorzubringen sind, auf ihrem Grabmal der Beweis ihres Todes durch Zeugen zu erbringen ist [2]). Das ältere Deutsche Recht verlangt solches in seinem Streben nach concreter Anschaulichkeit, damit der Richter, die Schöffen, die Gerichtsgenossen durch eigene Kenntnißnahme mittels Augenscheins von dem strengen Ernst und der heiligen Wahrheitsliebe des Schwörenden überzeugt werden [3]). — Wenn dagegen der Bürge einen wegen einer Civilsache Verklagten vor Gericht zu stellen verspricht, so braucht der Bürge nicht den Körper des Verstorbenen vor Gericht zu bringen, sondern nur mit zwei Zeugen den natürlichen Tod des Verbürgten zu beschwören [4]). Denn hier ist nicht wie bei der Anklage um eines Verbrechens die so enge Beziehung vorhanden, in welcher das Verbrechen als eine unmittelbar von der leiblichen Persönlichkeit des angeblichen Verbrechers ausgegangene That zur physischen Persönlichkeit des Angeschuldigten steht.

b) Der Bürge versichert, daß der Verbürgte vor Gericht erscheinen und einen Eid schwören wird

---

1) Sächs. Landr., III, 10, 1. Brünner Schöffenbuch, Art. 291, 294, Schöffensatzung, Art. 213. Sächs. Weichb., Art. 117. Vergl. auch Sächs. Landr., II, 14, 1, 2; III, 84, 3; III, 90, 2.

2) Lex Ripuar., tit. 72, c. 1, 5. Lex Bajuvar., tit. 14, c. 1. Sächs. Landr., III, 10, 3. Prager Rechtsb., Art. 115. Sächs. Weichb., Art. 117. Hamburger Stadtr. v. 1270, VI, 25; 1292, G. XXI, 6; 1497, C. XIV. Diese leibliche Beweisung hört später auf. Mevius, Commentarius ad jus Lub., lib. III, tit. V, art. 3, No. 4, 5.

3) Vergl. auch Sachße, Beweisverfahren, S. 136—138.

4) Sächs. Landr., III, 10, 2. Brünner Schöffensatzung, Art. 215. Sächs. Weichb., Art. 117. Hamburger Stadtr., a. a. O.

für seine Schuldlosigkeit[1]), entweder in Bezug auf ein Vergehen, oder auf eine Geldschuld.

Die Hauptfrage bei dieser Bürgschaft ist die, ob der Bürge oder der Erbe des Verbürgten diesen Eid schwören muß, sobald der Verbürgte durch seinen Tod verhindert wird, diesen Eid zu leisten. Da in den ältern Zeiten die Familie für die Verbrechen eines Familienmitglieds mit einstehen muß, da sie durch ihre innige Beziehung zum Angeschuldigten am besten dessen Charakter und Sitten kennt, da die Familienmitglieder als Eideshelfer am geneigtesten sind der Persönlichkeit ihres Verwandten zu vertrauen, und am ungeneigtesten, etwaige Besonderheiten bei dem Schwur des Haupteides von dessen Seite, wie z. B. eine gewisse Befangenheit oder Unsicherheit sofort als Zeichen der Schuld aufzufassen und ihren Eid zu verweigern, so hat nicht der Bürge, sondern der Erbe als der beste Gewissensvertreter seines verstorbenen Verwandten diesen Eid zu leisten[2]). Diese durch die natürliche Verwandtschaft gegebene Stellvertretung des Erblassers von Seiten seines Erben wird so sehr natürlich und gleichsam sich von selbst verstehend gehalten, daß die Eideshelfer,

---

1) Edict. Rot., c. 365, 366. Lex Alamann., tit. 36, c. 3.

2) Edict. Rot., c. 367. Wenn nach Sachße, Beweisverfahren S. 24—38, bei dem Eid der Eideshelfer alles davon abhängig sein soll, welches Benehmen der Hauptschwörende bei Ablegung seines Reinigungseides zeigt, so übersieht er, daß auf die Erklärung dieses Benehmens doch vorzugsweise der Ruf einwirkt, in welchem der Schwörende vor der Ablage seines Eides stand. Es ist demnach bei den Eideshelfern hauptsächlich von Einfluß die moralische Ueberzeugung, welche sie vom Charakter, von der Unschuld ihrer Partei haben, ehe sie ihren Eid ablegte. Ganz deutlich spricht gegen Sachße der Eid, welchen vier juratores leisten und welcher zugleich eine Vereinigung von Wissens- und Glaubenseid enthält: „Hundr. de Heyngford, respondet per duodecim. I. le Brascur captus fuit in societate Martini F. cum quodam equo furato. Et M. suspensus fuit pro latrocinio et J. venit et defendit latrocinium et omnem feloniam et ponit se super patriam de bono et malo. Et quatuor villatae propinquiores dicunt super sacramentum suum quod nunquam viderunt nec sciverunt ipsum esse de societate ipsius M. nisi postquam pr. M. captus fuit, neque male credunt eum de aliquo malefacto nisi quod fuit cum M. quando captus fuit. Maurer, in d. Zeitschr. f. Deutsch. R., herausgeg. v. Reyscher, Bd. 16, S. 251.

welche doch sich verbindlich machen, die Wahrheit des Reinigungseides des ursprünglich Verklagten zu beschwören, ohne Zögern den Unschuldseid seines Erben mit beschwören können [1]). Dieses Recht, diese Verpflichtung des Erben, für die Schuldlosigkeit des Erblassers zu schwören, galt nun ursprünglich bei der so innigen Verbindung des Criminal- und Civilrechts gleichmäßig für Verbrechen und Geldschulden. Als aber im Mittelalter die Vergehen eines Familienmitglieds die Persönlichkeit der übrigen Familienmitglieder nicht mehr so stark wie früher berühren [2]), als der Vater nur höchstens dreimal die Unschuld seines Sohnes beschwören kann [3]), als die bloßen Eideshelfer mehr und mehr durch Zeugen verdrängt werden, so ist der Fall selten, daß ein wegen eines Verbrechens Angeklagter Bürgen stellt, „er werde vor Gericht mit seinen Eideshelfern seine Unschuld beschwören.“ Ja selbst, wenn noch ein solcher Fall eintrat, so mußte der vor der Ablegung des Eides eintretende Tod des Angeschuldigten, auf dessen Persönlichkeit das Ganze beruht, das ganze Verhältniß auflösen. Der vor dem Eidestermin eintretende Tod des Verbrechers befreit den Bürgen von seiner Verpflichtung, den Angeschuldigten zu stellen, befreit die Eideshelfer von der Veranlassung, einen Eid zu schwören, befreit die Erben von der etwaigen Verpflichtung, für die Unschuld des verstorbenen Erblassers einen Eid zu leisten.

Dagegen ist das Verhältniß ein anderes, wenn der auf Zahlung einer Geldschuld belangte Erblasser, welcher mit seinem bloßen Eid die Klage von sich abweisen kann, Bürgen gibt, daß er an einem bestimmten Termin diesen Eid schwören wird. Denn hier hat der Erbe in dem Falle, daß er als Erbe die

1) Edict. Rot., c. 367: „Si contigerit homini post datum fidejussorem de sacramento et sacramentales nominatos mori et filios dimiserit, .. tunc necesse est filiis, quamvis minorem virtutem habeant, quam pater, aut per sacramentum negare, quod pater eorum non promiserit, aut certe quod spopondit, adimpleant.“

2) Sächs. Landr., II, 6, 2; II, 17, 1. Görlitzer Landr., XLVI. Goslarsche Statuten, S. 6, Z. 36—38; S. 7, Z. 8—11; S. 149, 297, 338. Prager Rechtsb., Art. 46. Schwäb. Landr. v. Laßberg, Cap. 178.

3) Sächs. Landr., II, 17, 2. Sächs. Weichb., Art. 76.

Schuld bezahlen muß, ein rechtliches Interesse daran, daß der Eid erfolgt. Der Erbe ist hier zwar berechtigt anstatt des vor der Eidesleistung verstorbenen Erblassers den Eid zu schwören, aber er braucht solches nicht. Seine Weigerung, den Eid zu leisten, schadet ihm in keiner Weise. Der Bürge hat nämlich durch seine ausdrücklich gegebene Bürgschaft den Erben von jeglichen nachtheiligen Folgen seines Nichtschwörens befreit [1]). Da der Bürge vollkommenes Vertrauen auf den Charakter und auf die Glaubwürdigkeit des Erblassers setzte, dessen alleiniger, durch keine sonstigen Beweismittel unterstützter zukünftiger Aussage vertraute, so wird er im Fall, daß der Verklagte vor Ablegung des Eides stirbt, ohne Zögern den Eid selbst schwören. Getraut er sich nicht, den Eid zu leisten, so muß er mit Recht, da ihn seine allzugroße Ueberzeugung von der Nichtschuld des Verklagten voreilig zur Uebernahme einer solchen Bürgschaft verleitete, auch die Folgen seiner Voreiligkeit büßen [2]). Er ist daher natürlich auch nicht berechtigt, irgend einen Ersatz der von ihm für den Erblasser gezahlten Summe von dessen Erben zu fordern.

c) Der Bürge verbürgt, daß der Verbürgte eine bestimmte Geldsumme zahlen wird.

Der Umfang der Verbindlichkeit des Bürgen steht auch hier in engem Zusammenhang mit dem Umfang der Verbindlichkeit des Erben des verstorbenen Verbürgten. Denn je weniger der Erbe haftet, desto größer wird für den Bürgen seine Verpflichtung. Nach folgenden Fällen muß man hier unterscheiden.

1) Ist der Verbürgte wegen eines Verbrechens zu einer

---

1) Sonst mußte z. B. nach den Goslarschen Statuten, S. 6, Z. 21—25: „We ede lövet binnen bundener tit, sin erve scal de don of he sterft, of men de van ime eschet: oder he is der scult vorwunnen" der Erbe den Eid leisten, wenn er nicht die Schuld bezahlen wollte; vergl. auch S. 156, 494, 495.

2) Sächs. Landr., III, 11: „Sve aver vor eide burgen sat, stirft he er denne he die eide dun sole, sin erve oder sin burge mut die eide dun vor ine to geloveder tiet, oder die scult is uppe'n borgen gewunnen, dar die eide vore gelovet waren." Prager Rechtsb., Art. 116. Hamburger Stadtr. v. 1270, VI, 26; v. 1292, C. XXIV; v. 1497, C. XV.

Geldzahlung, zur Bezahlung von Wergeld, von Buße verurtheilt, so soll nach der gewöhnlichen Ansicht der Erbe nicht haften [1]). Demnach hätte hier der Bürge, welcher beim Tode des Verbürgten für ihn zahlen mußte, nicht das Recht gehabt, von den Erben des Verbürgten Ersatz zu fordern. Denn bestand diese Ersatzverbindlichkeit, so enthielt sie einen directen Widerspruch gegen das Recht des Erben, für Vergehen des Erblassers nicht einstehen zu müssen. Man hat hier jedoch in folgender Weise zu unterscheiden. In allen den Fällen, in welchen Jemand wegen eines Vergehens berechtigt ist, im Nothfall das Erbgut zur Bezahlung seiner Schuld zu verwenden, hat auch der Bürge, der für ihn gezahlt hat, gegen dessen Erben einen Anspruch auf Ersatz. Dagegen fehlt dieser, sobald der Angeschuldigte das Erbgut nicht zur Bezahlung seiner Strafe veräußern darf. Hat daher Jemand ein Vergehen begangen, für welches eine peinliche Strafe besteht, so haften nicht seine Erben dem Bürgen mit dem Familiengut des Erblassers, wenn derselbe sich mit dem Verletzten über eine Summe Geldes zur Abfindung einigte. Denn da hier der Erblasser bei erhobener Anklage mit seiner Person für das Vergehen hätte einstehen müssen, so ist er nicht befugt, das Erbgut zu ihrer Abfindung zu verwenden. Er würde sonst den Grundsatz, daß die Erben nicht haften sollen für peinliche Vergehen ihres Erblassers [2]), gänzlich umgestoßen haben. Dieser Grundsatz gilt nicht allein für die Person sondern auch für das Erbgut des Erben. Beide, Person und Sache, haben hier eine gleiche Lage, haben hier einen gleichen Entwickelungsgang genommen, und dürfen daher nicht von einander getrennt werden. Da in dem Falle, wo peinliche Strafe für den Erblasser eingetreten wäre, weder Buße noch Wette entrichtet wird [3]), so darf auch der Thäter nicht durch einen Privatvergleich ohne Einwilligung seiner Erben das Erbgrundstück mit deren Bezahlung belasten. Ein Privatvertrag kann das gute Recht der Erben nicht aufheben.

Wenn dagegen der Erblasser selbst nach geschehener Verur-

---

1) Siegel, Erbrecht, S. 182, 183. Görlitzer Landr., XLVI, §. 9.
2) Sächs. Landr., II, 17, 1.
3) Sächs. Landr., III, 50.

theilung nur Wergeld, nur Buße und Wette zu zahlen hat, wie z. B. bei einer Tödtung aus Unvorsichtigkeit oder bei einer von einem Kinde oder von einem Thiere verursachten Tödtung [1]), so muß auch nöthigenfalls das Erbgrundstück haften. Folglich braucht hier der Bürge für den verurtheilten gestorbenen Erblasser nicht allein zu leisten, sondern er kann dessen Erben vorfordern, damit sie entweder für den Bürgen leisten, oder demselben wenigstens das Geleistete ersetzen. Zwar streitet gegen diese Ansicht eine Stelle des Sachsenspiegels sowie des Görlitzer Landrechts. Aber die Stelle des Sachsenspiegels [2]) handelt von einem Diebstahl. Das Görlitzer Landrecht spricht zwar von einer Tödtung, bei welcher die Erbschaft des Thäters nicht haftet, aber nicht, wie die übrigen in der Stelle erwähnten Verbrechen zeigen, von einer aus bloßer Unvorsichtigkeit begangenen Tödtung [3]). Für die Haftung des Erbgrundstücks, für den Anspruch des Bürgen streitet aber, daß der Erbe, wenn er das wegen der Flucht des angeklagten Erblassers in die Acht gethane Erbgrundstück aus der Acht ziehen will, dieses binnen Jahr und Tag zu thun hat [4]). Wenn hier der Erbe sogar bei peinlichen Strafen des Erblassers in gewisser Weise mit seinem Erbgut zu haften hat, so muß diese Haftung um so eher gelten, wenn die Strafe des Vergehens nur auf Buße und Wette, auf Bezahlung von Wergeld lautet. Auch spricht für diese Ansicht, daß der Angeklagte von der Verpflichtung, Bürgen für sein Erscheinen vor Gericht zu stellen, befreit ist, wenn er ein seinem Wergeld an Werth gleichstehendes Erbgut besitzt, sowie auch beim Bürgen dieses zur Bürgschaft erfordert wird. Alle diese Hindeutungen auf das Wergeld deuten doch sicherlich darauf hin, daß in den

---

1) Sächs. Landr., II, 38; II, 65, 1.

2) Sächs. Landr., III, 31, 1: „Svat en man deme anderen.... nimt......... 2. stirft.. jene uppe den die klage gat, sine erven ne antwerden darvore nicht.“

3) Görlitzer Landr., Cap. 46, §. 9, 6: „Iz ne suln durch recht ne heine erbin geldin der toden dube, noch iren roub, noch spilis gewinnunge: die erbin ne suln durch recht nicht bezzirin der todin missetat, wedir irn brant noch ire missetat unde die manslat.“

4) Sächs. Landr., I, 38, 2.

Fällen, in welchen nur Geld für ein Vergehen vom Thäter zu bezahlen ist, auch nöthigenfalls das Erbgut mit zur Bezahlung verwandt werden darf. Auch spricht dafür, daß der Richter, um seine Wette zu erhalten, berechtigt ist, sich im Nothfall an das Gut des Verurtheilten zu halten. Da nun aber der Kläger wegen Bezahlung seiner Buße, seines Wergelds dem Richter vorgeht, so darf er sicherlich sich auch an dem Erbgut des Verurtheilten vergreifen. In Bezug auf solche rein mit Geld zu sühnende Vergehen hat sich noch als ein Nachlaß des frühern sonst durchgängig geltenden Compositionensystems der Grundsatz erhalten, daß, wenn ein Familienmitglied ein Verbrechen begeht, seine Familie daran mitbetheiligt ist, folglich auch im Nothfall das Familiengut zur Buße des Verbrechens verwandt werden darf. Da also in solchen Fällen die Erben des Thäters mit dem Erbgut haften, so hat der Bürgenempfänger bei dem Tode des Erblassers, der bereits gerichtlich oder außergerichtlich zur Leistung der Buße oder des Wergelds sich bereit erklärt hat, die Wahl, ob er die Erben oder die Bürgen auf Bezahlung belangen will. Folglich müssen die Erben den Bürgen Ersatz leisten, wenn letztere gezahlt haben.

Während diese Haftungsverbindlichkeit des Erben mit dem Erbgut sich nur noch in einzelnen Fällen erhalten hat, weil der Sachsenspiegel noch hie und da vom Geist der alten Volksrechte durchdrungen ist, so scheint auffallenderweise der Schwabenspiegel, der doch sonst weit weniger als der Sachsenspiegel das ältere Volksrecht berücksichtigt, in Bezug auf die Haftungsverbindlichkeit der Erben weit mehr als der Sachsenspiegel dasselbe zu beachten. Denn nach seinen Grundsätzen haftet der Erblasser mit der Hinterlassenschaft überhaupt für jedes Verbrechen, das der Erblasser eingestanden hat, oder dessen er überführt ist [1]. Aber diese Annäherung an das ältere Volksrecht ist nur äußerlich. Denn der innere Grund, aus dem in den Volksrechten

---

1) Schwäb. Landr. v. Laßberg, Cap. 5. Schwäb. Landr. v. Wacker, Cap. 151: „Der sun antwürtet ouch vür den vater nicht, ob er stirbet, umbe dehein ungerichte, ez en si danne daz die schuld uf in erzuiget si e daz er sturbe."

der Erbe für Vergehen seines Erblassers haftet, ist höchst verschieden von dem im Schwabenspiegel geltenden. Nach den Volksrechten haftet der Erbe für Verbrechen des Erblassers mit dem Erbgut, weil er schon bei Lebzeiten als ein Verwandter desselben an dessen Verbrechen als mitbetheiligt gilt, nach dem Schwabenspiegel dagegen haftet der Erbe, weil er bei Lebzeiten des Verbrechers, des Erblassers, an dessen Gut kein Recht hat.

2) Der Verbürgte hat eine Civilschuld zu bezahlen.

Da nach den Volksrechten der Erbe die Civilschulden seines Erblassers bezahlen [1]) für die von demselben versprochenen Handlungen einstehen muß [2]), so ist der Bürge, wenn er für den Verbürgten geleistet hat, berechtigt, vom Erben Entschädigung zu fordern. Nach dem Sachsenspiegel dagegen und nach den ihm verwandten Rechten wird häufig der Bürge, wenn er für den verbürgten gestorbenen Erblasser geleistet hat, keinen Ersatz von dessen Erben beanspruchen können. Denn der Erbe braucht nicht für die von seinem Erblasser versprochenen Handlungen einzustehen, und höchstens nur die Mobilien der Hinterlassenschaft zur Bezahlung von gewissen Schuldarten des Erben zu verwenden. Hat daher z. B. der Bürge Bürgschaft dafür übernommen, daß der Erblasser das von ihm verkaufte aber nicht gerichtlich übergebene Gut dem Käufer gegen jede Klage vertheidigen wird, so muß der Bürge, wenn nach dem Tode des Verkäufers dem Käufer das Gut von einem Dritten entzogen wird, das Gut auf seine eigenen Kosten dem Käufer ersetzen. Denn der Erbe des Verkäufers ist in keiner Weise verpflichtet, eine solche Verpflichtung des Erblassers auf sich zu nehmen [3]). Er braucht daher auch dem Bürgen nicht seine Kosten zu ersetzen. Da nun in dergleichen Fällen nicht leicht ein vorsichtiger Mann die Bürgschaft übernimmt, oder wenn er dieselbe übernimmt, sie doch auf die Lebenszeit [4]) des Verbürgten beschränkt, so wird sehr

---

1) Lex Ripuar., tit. 67, 1. Lex Wisigoth., V, 6, c. 6. Edict. Rot., c. 174, 369, 388, Luitp. leg., IV, 1; VI, 102.

2) Lex Ripuar., tit. 59, 6; tit. 67, 1. Luitp. leg., VI, 102. Edict. Rot., c. 367.

3) Sächs. Landr., I, 9, 6.

4) Kulmer R., III, 116. Böhme, a. a. O., Bd. 6, Schöffenurtheile, S. 122: „Gloubit ein man und wirt burg vor gelt vor ymant in sul-

häufig, um alle diese Schwierigkeiten zu vermeiden, vom zukünftigen Erben selbst die Bürgschaft für seinen Erblasser übernommen [1]). Das nahe Verhältniß, in dem er zu dem Verbürgten als Erblasser steht, die mannichfachen Mittel des letztern, wenn sein Erbe sich weigern sollte, die Bürgschaft zu übernehmen, das zu hinterlassende Vermögen, namentlich die Mobilien, zu schmälern, begünstigen die Uebernahme der Bürgschaft von Seiten des zukünftigen Erben. In dem Falle einer solchen Bürgschaft zeigt sich am deutlichsten die doppelseitige Stellung ein und derselben Person. Sie ist und bleibt zu gleicher Zeit Bürge und Erbe des Erblassers, eine Stellung, welche nach Römischem Repräsentationsrecht des Erben unmöglich ist, da hier durch Confusion sofort die Bürgschaft beim Erben aufhörte [2]). Zahlt ein solcher Bürge und Erbe wegen der Bürgschaft, so muß er in Bezug auf seine Ersatzansprüche allen übrigen an der hinterlassenen Fahrniß des Erblassers berechtigten Gläubigern nachstehen. Denn sonst würde er blos Bürge, nicht zugleich auch Erbe sein wollen. Diese doppelte Stellung als Bürge und Erbe wird natürlich seltener, als der Erbe mit der ganzen Hinterlassenschaft für die Geldschulden des Erblassers zu haften beginnt [3]).

§. 13.

Die Verschweigung und der Erlaß der verbürgten Forderung.

Wie den Schuldner, den Bürgen der bloße Ablauf der für die Erfüllung des Vertrags festgesetzten Zeit gewöhnlich noch

---

cher wise ab an im icht gesche vor den her gloubit hot, und benumet her nich besundern sinen tot jenis vor den her gloubit hot, und bekennet her des globdes und wirt jener abetrunnig vor den her hot gloubit das man in vor recht nicht mag brengen so ist he des geldes bestandin."

1) Sächs. Landr., I, 6, 2: „Düve noch rof noch dobelspel n'is he nicht plichtich to geldene, noch nene scult, wande der he wederstadinge untring odor bürge was worden."

2) L. 5, 93, §. 2 D. de fidejuss. (46, 1).

3) Schwäb. Landr. v. Laßberg, Cap. 8. Kaiserr., II, 87. Goslarsche Statuten, S. 6, Z. 6, 7. Revaler Stadtr. v. 1282, Art. 282. Ruprecht, Rechtsbuch, I, 7 a. E. Lacomblet, Urkunden, Bd. 2, Nr. 385. Rechtsb. d. Dist., I, 17, 10; I, 45, 3. Kulmer Recht, IV, 90.

nicht in strafbaren Verzug bringt [1]), so auch kann natürlich dem Gläubiger von dem Augenblick an, wo er wegen Fälligkeit des Termins zur Klage berechtigt ist, noch nicht eine Verjährung seiner Klage anfangen. Für seine noch zu erhebende Klage läuft gar keine Verjährung, sie bleibt beständig bestehen, wenigstens so lange, als Gläubiger und Schuldner noch leben. Denn es wäre doch ein Widerspruch in sich selbst, wenn der Gläubiger nachtheilige Folgen von einem Verzug hätte, indem er nicht klagt, der Schuldner dagegen frei von jedem rechtsnachtheiligen Verzug wäre, obgleich er nicht zur festgesetzten Zeit leistete. Gläubiger, Schuldner und Bürge müssen sich in Bezug auf den Verzug gleichstehen. Die Befugniß der letztern mit ihren Leistungen warten zu dürfen, bis sie verklagt werden, entspricht dem Recht des erstern, nach Ablauf der festgesetzten Erfüllungszeit immer noch klagen zu können. Auch streitet gegen diese Regel nicht, daß die durch Verbrechen verletzten Personen an ihrem persönlichen, die durch Uebertragung ihrer Grundstücke von Dritten sich an ihrem dinglichen Recht binnen Jahr und Tag verschweigen [2]). Denn hier wird den Klageberechtigten klar und deutlich genug gezeigt, daß ihr Recht nicht geachtet wird, während bei den Verträgen, da der Gläubiger noch nicht gegen den Schuldner geklagt hat, der letztere noch nicht das Recht des erstern durch wirklichen Verzug verletzte. Der durch ein Verbrechen Verletzte wird ja sowol in seinem als im Interesse des Gerichts und der öffentlichen Ordnung wenn auch nicht rechtlich gezwungen, doch dringend aufgefordert, den Verbrecher zu verfolgen. Eine noch besonders für ihn zu erlassende gerichtliche Mahnung ist wahrlich überflüssig, sie ist schon hinlänglich in der ganzen Sachlage enthalten. Bei der öffentlichen gerichtlichen Uebertragung von Grundstücken erfolgt entweder sogar ausdrücklich oder doch wenigstens stillschweigend durch die Oeffentlichkeit, durch die Gerichtlichkeit des Actes selbst an alle am Grundstück Betheiligte die Aufforderung, ihr Recht alsbald geltend zu machen.

---

1) Platner, Histor. Entwickelungen, Bd. 2, S. 238—240. Stobbe, a. a. O., S. 32—37.

2) Platner, Histor. Entwickelungen, Bd. 2, §. 15—17.

Bei den aus Verträgen entstehenden persönlichen Klagen fehlt aber die Rücksicht auf die Oeffentlichkeit, auf den öffentlichen Frieden, welche bei den Klagen wegen Verbrechen, bei der Verletzung der dinglichen Rechte an Grundstücken die Verschweigung von Jahr und Tag verursacht. Wegen dieses engen Zusammenhangs der Verschweigung mit dem Gericht kann daher auch nach eingetretener Verschweigung keine Naturalobligation, selbst wenn man solche überhaupt im Deutschen Recht gelten lassen wollte, übrig bleiben.

Da im Deutschen Recht der Bürge als Stellvertreter vom Gläubiger hingegeben, hingestellt wird, so muß das, was bezüglich der Verschweigung den Bürgen betrifft, auch für den Verbürgten gelten, sowie umgekehrt, was sich auf den letztern bezieht, sich auch auf den erstern beziehen. Wird daher die gegen den Verbürgten, die gegen den Bürgen begonnene Verschweigung durch eine gegen einen von ihnen angestellte Klage unterbrochen, so findet diese Unterbrechung auch gegen den andern statt. Das, was im Römischen Recht einer besondern kaiserlichen Bestimmung bedurfte [1]), ist im Deutschen Recht durch die Natur der Verhältnisse von selbst gegeben.

Hat der Gläubiger den Hauptschuldner, oder den Bürgen verklagt, hat er einen von ihnen verurtheilen lassen, so hat er alsbald auch auf die Leistung zu dringen, wenn er nicht seine Ansprüche gegen beide alsbald verlieren will. Allerdings geben die meisten Quellen nicht genau an, ob überhaupt oder binnen welcher Zeit der Gläubiger in diesem Falle das Gericht angehen muß, um eine Verschweigung seines Rechts zu verhüten. Aber man darf wol mit Grund annehmen, daß solches binnen Jahr und Tag zu erfolgen hat. Denn da derjenige, der vom Gericht das Recht erhalten hat, sich des Grundstücks eines Dritten zu bemächtigen, sein Recht verliert, wenn er dasselbe nicht binnen Jahr und Tag geltend macht, so läßt sich annehmen, daß auch derjenige, der sein vom Gericht zuerkanntes Forderungsrecht nicht binnen Jahr und Tag gegen den Verurtheilten ausübt, dasselbe einbüßt. Ja einige Rechte sagen ausdrücklich, daß der Gläubiger,

---

1) L. 5 C. de duob. reis (8, 40).

der nach eingetretener Fälligkeit seiner Forderung den Bürgen nicht binnen Jahr und Tag oder binnen einem Jahr belangt, seine Forderung verliert [1]). Auch spricht für die Zeit von Jahr und Tag oder von einem Jahr, daß particularrechtlich der Bürge beziehungsweise sein Erbe von seiner Verbindlichkeit befreit wird, wenn nicht binnen einem Jahr den Erben des Verbürgten der Gläubiger belangt [2]), oder beim Tode des Bürgen der Gläubiger nicht binnen Jahr und Tag dessen Erben von diesem Tode benachrichtigt [3]).

Während die Verschweigung den Bürgen von jeglicher Verbindlichkeit befreit, so findet solches auch statt bei dem Erlaß. Im Römischen Recht gilt bekanntlich als Regel, daß der einfache, formlose Erlaßvertrag eines Correalschuldners mit dem Gläubiger, ohne Unterschied, ob der Vertrag in rem oder in personam abgefaßt ist, die Correalobligation für die übrigen Schuldner nicht aufhebt [4]), weil dadurch der objective Bestand der Obligation nicht vernichtet wird. Nur bei der Bürgschaft gilt als Ausnahme, daß der Hauptschuldner, welcher einen solchen formlosen Erlaßvertrag mit dem Gläubiger abschließt, auch den Bürgen befreit. Diese Ansicht des Römischen Rechts über die Wirkung eines solchen formlosen Erlaßvertrags beruht auf der so scharfen Auffassung von der objectiven Natur einer Correalobligation, auf dem so tief im Römischen Recht eingreifenden Unterschied zwischen

---

1) Seibertz, a. a. O., Bd. 2, Nr. 765, §. 16. Statutarr. v. Geseke, Nr. 1360: „War eyn dem anderen ghelt weddet uppe dem hus u. en zettet he eme neyne borghen zo en kan he des nicht quit werden, he ene versterve efte de andere de en late ene los. Vortmer zettet he eme borghen, manet he den borghen nicht myt gherichte bynnen jar un daghe, zo is dat weddeghelt quit u. los.“ Statuten v. Mühlhausen, Bd. 3, Art. 69. Nürnberger Reformation v. 1564, Th. 11, Tit. 19, 3. Statuten von Dunkelsbühl, Buch 2, Tit. 9, §. 8. Luitp. leg. VI, 42: „De wadia et de fidejussore et de sacramento dando rex Rotharis sic statuit, ut post anni spatium cujus pars neglexerit, amittat suam causam.“

2) Landordnung der Grafschaft Henneberg, III, Tit. 14.

3) Recht der Stadt Rostock, v. Kamptz, Mecklenburg. Civilrecht, Bd. 2, S. 473.

4) v. Savigny, Obligationen, Bd. 1, S. 172—178.

ope exceptionis und ipso jure tilgenden Gründen, auf der Trennung zwischen Civil- und Naturalobligationen. Alle diese so verschiedenartigen für die Bürgschaft so wichtigen Verhältnisse sind zwar dem Deutschen Recht unbekannt, aber dennoch findet statt in Bezug auf den Erlaß eine Aehnlichkeit zwischen dem Römischen und Deutschen Bürgen. Hat nämlich der verbürgte Hauptschuldner einen Erlaßvertrag mit dem Gläubiger abgeschlossen, so ist dieser auch im Deutschen Recht vortheilhaft für den Bürgen. Aber der Grund dieser Bestimmung ist hier ein anderer, wie der im Römischen Recht. Im Römischen Recht hat ein solcher Vertrag deswegen für den Bürgen vortheilhafte Wirkung, weil sonst der Verbürgte, welcher als Mandant seinem Mandatar, dem Bürgen, das von ihm an den Gläubiger Gezahlte ersetzen müßte, allen Vortheil von dem Erlaßvertrag einbüßt. Das Römische Recht sieht auf die nach Erfüllung der Bürgschaft für den verbürgten Hauptschuldner eintretenden Wirkungen.

Diese Auffassung ist aber dem Deutschen Recht fremd. Gegen sie streitet namentlich, daß die Verbindlichkeit des Bürgen nur eine eventuelle ist, wie ja die Grundsätze über die Einrede der Vorausklage deutlich beweisen. Der Bürge pflegt ja erst dann meistens belangt zu werden, wenn der Verbürgte bezüglich der Leistung in Verzug ist. Wie nun das Pfand, dessen Stelle der Bürge gleichsam vertritt, nach Deutschem Recht nicht mehr haftet, sobald der Schuldner wegen des vom Gläubiger gegebenen Verzichts nicht mehr belangt werden kann, so auch braucht der Bürge nicht mehr zu zahlen, sobald der Gläubiger dem Hauptschuldner gegenüber auf die Forderung verzichtete. Denn die subsidiäre Stellung des Bürgen setzt ja eben voraus, daß der Hauptschuldner in Verzug ist, daß er zur Leistung noch gehalten ist. Diese Bedingung fehlt aber, wenn ihm seine Verpflichtung erlassen ist. Im Römischen Recht wird der Bürge weder wegen seiner Stellung zum Gläubiger, noch wegen der Form des dem Hauptschuldner vom Gläubiger ertheilten Erlasses sondern aus Nützlichkeitsrücksichten befreit, weil sonst der formlose Erlaßvertrag für den Hauptschuldner bei einer vom Bürgen geschehenen Zahlung keinen Nutzen hätte. Im Deutschen Recht dagegen wird der Bürge durch einen solchen Erlaß befreit wegen des gericht-

lichen Verfahrens, welches gegen den Hauptschuldner und gegen den Bürgen beobachtet werden muß. Im Deutschen Recht entspricht diese Freisprechung des Bürgen den materiellen Bedingungen der Bürgschaft, im Römischen Recht dagegen den Folgen, welche nach der vom Bürgen geleisteten Zahlung eintreten.

Wenn nach einigen Rechtsquellen des Mittelalters der Gläubiger nicht vor dem Bürgen den Hauptschuldner auf Zahlung belangt zu haben braucht, um gegen den erstern klagen zu dürfen, so scheint allerdings der dem Hauptschuldner vom Gläubiger gegebene Erlaß dem Klagerecht des letztern gegen den Bürgen nicht im Wege zu stehen. Aber dennoch hindert der Erlaß diese Klage. Denn da zugleich nach diesen Rechten der vom Gläubiger verklagte Bürge berechtigt ist, den Selbstschuldner zu seiner Vertheidigung zu stellen, so muß natürlich der Gläubiger von seiner gegen den Gläubiger angestellten Klage ablassen, sobald der gestellte Hauptschuldner sich auf den ihm ertheilten Erlaß beruft. Denn sonst würde das Recht des verklagten Bürgen, den Hauptschuldner wie seinen Auctor zu stellen, illusorisch werden. Wie der Empfänger einer Sache vollständig von jedem Angriff des Klägers frei wird, wenn sein Auctor die gegen die Sache erhobenen Ansprüche als ihm vom Kläger erlassen nachweist, so ist auch der Bürge von seiner Klage los und ledig, sobald der verbürgte, von ihm als sein Auctor gestellte Hauptschuldner den ihm vom Gläubiger gegebenen Verzicht darthut. Für den Bürgen ist es gleichgültig, ob wegen Zahlung oder wegen Verzichts der Gläubiger nicht mehr gegen den Hauptschuldner klagen darf. In beiden Fällen fehlen die Voraussetzungen zu seiner Verbindlichkeit. Zugleich macht aber auch das Deutsche Recht keinen Unterschied zwischen ope exceptionis und ipso jure tilgenden Gründen, was man bis jetzt zu sehr verkannt hat. Wenn daher v. Savigny bemerkt, es würde ganz unrichtig sein für das heutige Recht, die durchgreifende Wirkung der Römischen Acceptilation unserm heutigen formlosen Erlaßvertrag beizulegen, und solches enthielte geradezu eine Umkehr des wahren Verhältnisses unseres heutigen Rechts [1]),

---

1) v. Savigny, Obligationen, Bd. 1, S. 178.

so gilt dieses nicht für das Verhältniß, in welchem nach dem ältern Deutschen Recht der Bürge als solcher zum Verbürgten steht.

Ja selbst wenn man von diesem nach dem ältern Recht bestehenden Verhältniß absieht, und den Fall annimmt, wo Verbürgter und Bürge völlig an und für sich gleichstehende Gesammtschuldner sind, so hat doch im Deutschen Recht die Behauptung v. Savigny's keinen Anspruch auf Richtigkeit. Denn wenn er behauptet, daß bei einem solchen formlosen Erlaßvertrag besondere Bestimmungen nöthig wären, um dasjenige zu bewirken, was bei den Römern durch die gangbare Form der Acceptilation bewirkt worden sei, so ist gerade nach dem ältern Deutschen Recht eine ganz besondere ausdrückliche Verabredung erforderlich, um den formlosen Erlaßvertrag, welcher vom Gläubiger an einen der Gesammtschuldner erfolgt ist, ausschließlich für diesen allein und nicht auch zugleich für alle übrigen Gesammtschuldner gelten zu lassen. Die gesetzliche Vermuthung streitet nämlich ursprünglich für die Ansicht, daß wenn einem der Gesammtschuldner die Schuld vom Gläubiger erlassen wurde, sie auch allen übrigen erlassen ist [1]).

Diese Eigenthümlichkeit des Deutschen Rechts beruht zunächst darauf, daß dasselbe keinen Unterschied zwischen ope exceptionis und ipso jure tilgenden Gründen kennt, folglich durch einen formlosen Erlaßvertrag der objective Bestand einer Gesammtobligation ebenso gut aufgehoben werden kann, als wie durch eine förmliche Römische Acceptilation. Aber selbst wenn man auch von diesem Grundsatz absehen will, so ist ein anderes Verhältniß von noch größerm Einfluß auf unsere Streitfrage. Im Deutschen Recht ist nämlich die Auffassung von einer Gesammtobligation eine ganz andere, als wie die im Römischen Recht geltende von einer Correalobligation. Nach Römischem Recht besteht eine Correalobligation nur in einer einzigen Obligation dem objectiven Be-

---

1) Vergl. z. B. Walch, a. a. O., Bd. 4, Augsburgische Statuten v. 1276, S. 389: „Wo man auch bürgen sezet unverscheidenlich, giebt man der einem ein frist aun der andren wort und aun Ihr willen, so sollen sie alle Frist haben, last man auch einen ledig so sollen die andre alle ledig seyn."

stand nach, während sie zu gleicher Zeit sich auf mehrere Subjecte in solidum erstreckt, zu gleicher Zeit mehrere subjective Beziehungen hat [1]). Nach Deutschem Recht dagegen erstreckt sich die Einheit, welche vorhanden ist bei dem objectiven Bestand der Obligation, auch auf die mehrfachen Subjecte. Die mehreren Subjecte bilden der Gestalt nach eine einzige Persönlichkeit, daß eine Person die andere vertritt, Einer für Alle ist, Alle für Einen sind. Das Deutsche Recht berücksichtigt mehr als das Römische Recht die innige persönliche Beziehung, in welcher die mehrfachen Träger ein und derselben Obligation durch eben diese Gemeinschaft zu einander stehen. Im Deutschen Recht muß daher nach dem ursprünglichen stricten Begriff der Gesammtobligation das, was in Bezug auf diese Gesammtobligation mit einem der Mitglieder erfolgt, auch für alle übrigen Mitglieder dieser Obligation Erfolg haben. Ein jeder von den Contrahenten hat seine Selbstständigkeit zu Gunsten der andern beschränkt, und erscheint daher dem Gläubiger gegenüber nicht als ein für sich ganz allein stehender Schuldner, sondern zugleich auch als Vertreter der übrigen. Der Gläubiger, welcher sich bezüglich der Obligation mit einem von diesen Gesammtschuldnern einläßt, hat zu berücksichtigen, daß diejenigen Vortheile und diejenige Gunst, welche er diesem erweist, auch für die übrigen Wirksamkeit hat. Er erläßt daher, streng genommen, mit diesem dem einen gegebenen Erlaß auch den übrigen Gesammtschuldnern ihre Verbindlichkeit. Freilich braucht er diese Rücksicht selten zu beachten. Denn im Deutschen Recht sind Bürge und Verbürgter für gewöhnlich keine Gesammtschuldner, ausgenommen in dem Falle, in welchem der Hauptschuldner den Bürgen nicht vor sich sondern neben sich als ganz mit ihm Gleichverpflichteten stellt, und beide dem Gläubiger gegenüber zugleich mit vereinigter Hand die Schuld gleichmäßig übernehmen.

Wenn nun auch später die zwischen Bürgen und Verbürgten bestehenden Verhältnisse im Ganzen nach den Grundsätzen des Römischen Rechts beurtheilt werden, so äußert doch auch

---

1) Stobbe, a. a. O., S. 159, 160, Note 8, sowie andere Schriftsteller sind freilich anderer Ansicht.

jetzt noch das Deutsche Recht seinen Einfluß in Bezug auf die Wirkungen des Erlasses.

Wenn bei einer Bürgschaft der Gläubiger ein pactum de non petendo eingeht, so sind die Wirkungen eines solchen Vertrags verschiedenartig beurtheilt worden. Stobbe behauptet, daß, da aus dem pactum eine klagbare Obligation entsteht, und die Wirkungen der Stipulation auf den Vertrag des heutigen Rechts übertragen sind, auch für den Nachlaßvertrag, der einen bestehenden Vertrag aufhebt, die Wirkung der Acceptilation gelten müsse, weil sie der Stipulation entspricht [1]. Nach der Ansicht Anderer dagegen hat die dem jetzigen Pactum beigelegte Wirkung einer Römischen Stipulation keinen Einfluß auf die Wirkungen des Verzichts. Denn weil die Römer auch einer auf non petere gerichteten Stipulation die Wirkung der Acceptilation versagt haben würden, so könne auch unser heutiger Erlaßvertrag durch die Klagbarkeit aller pacta diese Wirkung nicht bekommen haben [2]. Girtanner ist zwar auch der Ansicht, daß aus der heutigen Klagbarkeit aller Verträge keineswegs eine solche Wirkung eines pactum de non petendo folgt, aber dennoch kommt er aus einem andern Grunde zu einem der Ansicht Stobbe's entsprechenden Resultat. Nach Girtanner's Meinung trägt nämlich der Erlaßvertrag den Charakter eines Verzichts an sich und wirkt als solcher für alle, welche in das durch Verzicht aufgegebene Obligationsverhältniß eintreten sollen. Jedoch muß ein solcher Verzicht, um den Bürgen zu befreien, dem Hauptschuldner gegenüber erfolgt sein. Denn dann streitet die Präsumtion dafür, daß er nicht allein für den Hauptschuldner gelten soll. Ist dagegen der Verzicht dem Bürgen gegenüber erfolgt, so ist derselbe der Regel nach nur als bloße Aufhebung der subjectiven Haftung des Bürgen aufzufassen [3].

Prüft man diese verschiedenen Ansichten, so ist zunächst die von Stobbe, „es müßten für den Nachlaßvertrag die Wirkungen der Acceptilation gelten, weil letztere der Stipulation entspricht", wol

---

1) Stobbe, a. a. O., S. 167, 168.

2) Vergl. Girtanner, a. a. O., S. 481, 482. v. Savigny, Obligationen, I, S. 172—179.

3) Girtanner, a. a. O., S. 481.

unrichtig. Denn durch die Klagbarkeit aller Verträge ist zunächst noch keineswegs ausgesprochen, daß nunmehr alle mündlichen Verträge als Stipulationen gelten müssen. Denn außer ihrer Klagbarkeit charakterisirt sich ja die Stipulation dadurch, daß sie eine bestimmte solenne Anfrage und eine derselben entsprechende bestimmte solenne Antwort enthält. Folglich ist nicht jeder mündliche Vertrag, wenn er auch wie die Stipulation klagbar ist, den Wirkungen nach eine Stipulation. Denn diese solenne Frage und diese solenne Antwort können auch noch für andere Verhältnisse wichtig sein. Folglich hat denn auch jetzt nicht jeder mündliche Vertrag, wenn er auch wie eine Stipulation klagbar ist, vermöge dieser Aehnlichkeit, in jeder Beziehung die Wirkung einer Römischen Stipulation. Mit Recht behauptet man daher auch vom Römischen Standpunkt aus, daß wenn ein pactum de non petendo in Form einer Stipulation erfolgt, dieses nicht vollständig eine Römische Acceptilation enthalte. Denn hier fehlt ja die charakteristische Form der Acceptilation, die in solenner Weise an den Gläubiger gerichtete Anfrage, ob er empfangen habe, und die in solenner formeller Weise erfolgte Bejahung dieser Anfrage.

Ein anderes Resultat ergibt sich aber, wenn man gänzlich vom Römischen Recht absieht, und die Wirkungen des Vertrags nicht zu fordern, mehr nach Deutschrechtlichen als Römischrechtlichen Grundsätzen beurtheilt. Dieses Verfahren deutet auch schon Girtanner an, wenn er bemerkt, daß in dem Vertrag „nicht zu fordern" ein Verzicht enthalten sein könne, welcher vermöge der rechtlichen Wirksamkeit formloser nicht obligatorischer Verträge im heutigen Recht die Verbindlichkeit des Bürgen und des Hauptschuldners zu gleicher Zeit aufzuheben im Stande ist [1]). Das Deutsche Recht kennt nämlich weder nach der Form, noch nach dem Inhalt der Verträge, noch nach der Persönlichkeit der Paciscirenden einen Unterschied zwischen Civil- und Naturalobligationen, zwischen ipso jure und ope exceptionis tilgenden Gründen. Folglich kann auch ein Verzicht keine Naturalobligation neben sich bestehen lassen, sondern muß die Forderung, um mich Römisch

---

1) Girtanner, a. a. O., S. 482.

auszudrücken, ipso jure aufheben. Da nun nach Römischer Auffassnng Bürge und Verbürgter ein und dieselbe Verbindlichkeit übernommen haben, so muß auch, sobald ein solcher Verzicht erfolgt, die Obligation für beide vollständig aufhören, wofern nicht der Verzicht auf die Person des Verzichtempfängers beschränkt ist.

Ein solcher Verzicht soll nun nach der Ansicht Girtanner's dann in dem Vertrag „nicht zu fordern" enthalten sein, wenn derselbe mit dem Hauptschuldner eingegangen wird. Diese Ausdehnung des Vertrags entspricht nicht allein dem Römischen von Girtanner citirten Recht, sondern auch dem ursprünglich Deutschen. Nach seinen Grundsätzen hat der Verbürgte bei der echten Bürgschaft im engern Sinne als Auctor der Schuld dem Bürgen gegenüber eine übergeordnete Stellung. Aus dieser Auctorschaft des Verbürgten, aus der Hingabe des Bürgen vor die Schuld, aus der bedingten Haftungsverbindlichkeit desselben folgt natürlich, daß das, was der Auctor der Schuld zum Vortheil der Schuld vornimmt, auch dem für die Schuld hingegebenen Bürgen zum Vortheil gereicht.

Wenn dagegen ein Vertrag de non petendo mit dem Bürgen abgeschlossen wird, so enthält dieser der Vermuthung nach keinen vollständigen Verzicht auf die Forderung überhaupt, sondern nur in Bezug auf die Verpflichtung des Bürgen. Diese Regel entspricht nicht allein, wie Girtanner a. a. O. annimmt, einer allgemeinen Römischen Rechtsregel, sondern auch bei der echten Bürgschaft im engern Sinne der eigenthümlichen bedingten, untergeordneten Stellung des Bürgen im Verhältniß zum Hauptschuldner und zur Hauptschuld. Der Gläubiger darf also dem Bürgen die Bürgschaft erlassen, ohne fürchten zu müssen, daß er dadurch sein Pfändungsrecht, sein Recht der Gefangennahme gegen den Hauptschuldner verliert. Denn dadurch entzieht er sich ja weiter nichts als die Gelegenheit gegen den Bürgen einschreiten zu können für den Fall, daß der ursprüngliche Schuldner nicht leistet. Da der letztere nicht einmal, um seine persönliche Gefangenschaft abzuwenden, den Gläubiger nöthigen kann, sich an den Bürgen zu wenden, sondern der Hauptschuldner, wenn er nicht den Bürgen als sofortiges Zahlungsmittel vor sich stellt, sich der Gefangenschaft unter-

werfen muß, so gibt der vom Gläubiger mit dem Bürgen abgeschlossene Erlaßvertrag dem Hauptschuldner keine Einrede. Diese Regel erleidet jedoch natürlich nicht allein dann im Deutschen Recht eine Ausnahme, wenn Verbürgter und Bürge echte Gesammtverpflichtete sind, sondern auch noch in einem andern Falle. Wenn nämlich der Bürge von einem bereits zur Leistung pflichtigen, verurtheilten Schuldner gegeben wird, so ist der Gläubiger, welcher freiwillig dem Bürgen die Bürgschaft erläßt, nicht mehr berechtigt, gegen den Hauptschuldner einzuschreiten. Denn hier wird der Bürge nicht wie sonst für die sichere Erfüllung der Leistung bedingt, sondern unbedingt wirklich an Zahlungsstatt gegeben. Der Bürge hat hier nicht wie sonst eine blos subsidiäre Stellung, sondern er haftet unmittelbar, unabhängig vom Hauptschuldner. Es treten hier ein ganz dieselben Wirkungen, welche stattfinden bei freiwilliger, vom Gläubiger ohne Vorbehalt erfolgter Zurückgabe des Pfandes, welches der Schuldner an Zahlungsstatt dem Gläubiger überlieferte. Denn der Gläubiger, welcher ein solches Pfand zurückgibt, gibt damit zugleich zurück das Geld, welches ihm vom Schuldner geschuldet ward, denn das Pfand vertritt ja das Geld [1]). Da nun hier der Bürge die Stelle eines Pfandes vertritt, so müssen auch bei seinem Erlaß ganz dieselben Folgen eintreten, welche stattfinden bei der freiwilligen Zurückgabe des an Zahlungsstatt gegebenen Pfandes. Der auf die Leistung belangte Hauptschuldner wird mit Recht verlangen, daß sein Gläubiger sich hält an die Bürgen, welche er einmal angenommen hat, da vom Hauptschuldner trotz seiner Verurtheilung keine Leistung zu erwarten stand. Wenn der Gläubiger dem Bürgen die Bürgschaft erlassen hat, so ist das seine Schuld, er kann von dem Hauptschuldner, dem er durch Annahme der Bürgen die per-

---

1) Vergl. Böhme, a. a. O., Th. 6, S. 126, 127: „Ist das der selbschuldege sine burgen vortreten wil als recht ist so sint die burgen billig antworten ledig . . . der selbschuldige . . . . . . sint dem mole . . . . bete ich . . . czu irfaren wie ich se mit rechte vortreten sal. sentencia. mit pfand adir mit pfenningen.“ Vergl. auch Wippermann, a. a. O.

sönliche Gefangenschaft erließ, keine neuen Sicherheitsmittel verlangen [1]).

Das Deutsche Recht, das überhaupt eine Beschränkung der persönlichen Freiheit bei Schuldverhältnissen zu vermeiden sucht, wird in unserm Falle die des Hauptschuldners umsomehr schützen, weil der wegen Zahlungsunfähigkeit ursprünglich zu einer Beschränkung der persönlichen Freiheit des Schuldners berechtigte Gläubiger bereits schon einmal einen vollgültigen Ersatz für dieses Recht annahm, welchen er später durch einen freiwilligen Erlaß leichtsinnigerweise aufgab. — Die Grundsätze, welche überhaupt für den Erlaßvertrag bestehen, sind natürlich auch für den Vergleich, so weit in solchem ein Erlaßvertrag enthalten ist, gültig.

§. 14.

Die Freisprechung und die Verurtheilung.

Während im Römischen Recht ursprünglich jede einmal vorgebrachte und bis zur Litiscontestation gekommene Forderung in Folge der nun eingetretenen Proceßconsumtion nicht von neuem vorgebracht werden durfte, während ferner die Litiscontestation des Bürgen oder des Verbürgten ursprünglich den andern von seiner Schuld befreite [2]), haben diese Grundsätze im Deutschen Recht nicht gegolten und konnten auch nicht gelten. Denn daß das Recht selbst ganz in den processualischen Formen aufgeht, gleichsam mit ihnen verwächst, setzt voraus eine völlige durch den Proceß vermittelte Ablösbarkeit des Rechts von seinem Inhaber. Im Deutschen Recht sind aber in Bezug auf den Proceß die einzelnen Forderungsrechte viel zu eng mit ihrem Inhaber verbunden, noch zu sehr subjectiver Natur, als daß durch den bloßen Proceß das frühere Rechtsverhältniß in ein neues umgewandelt werden könnte. Wenn nun auch später im Römischen Recht der Einfluß der bloßen Litiscontestation auf die übrigen

---

1) Vergl. auch §. 8 d. Abhandl.

2) v. Savigny, Obligationen, Bd. 1, S. 180—182.

Correalschuldner aufgehoben wurde, so befreite doch ein den Bürgen oder den Verbürgten freisprechendes Urtheil auch den andern von seiner Verbindlichkeit, während dagegen die Verurtheilung des einen nicht auch für den andern immer bindend war [1]).

Im Deutschen Recht finden sich Wirkungen des vom Bürgen oder vom Verbürgten geführten Processes, welche bald sich den Wirkungen einer ältern Römischen Proceßconsumtion annähern, bald gänzlich von ihnen abweichen.

Im Deutschen Recht kann nämlich nicht allein bei der Gesammtverpflichtung des Bürgen und des Verbürgten, wo es sich von selbst versteht, daß das was für den einen gilt, auch für den andern Geltung hat, sondern auch bei der echten Bürgschaft der Proceß, die Freisprechung, die Verurtheilung des Bürgen oder des Verbürgten auch auf den andern einwirken, wegen ihrer persönlichen Verhältnisse zu einander, wegen des Beweisrechts, das der eine in Bezug auf die eingeklagte Forderung besitzt. Hier entscheidet daher das persönliche Verhältniß der verpflichteten Subjecte zu einander, im Römischen Recht dagegen vorzugsweise das Verhältniß mehrerer Subjecte zu demselben Object.

Wird nämlich im Deutschen Recht der Hauptschuldner verklagt und freigesprochen, so kann auch der Bürge diese Freisprechung zu seinem Vortheil benutzen, und er hat dem Anschein nach ganz wie nach Römischem Recht eine exceptio rei judicatae. Jedoch ist der Grund, aus welchem der Bürge sich auf die Freisprechung berufen darf, hier ein ganz anderer als wie der im Römischen Recht. Da der Hauptschuldner die Person des Bürgen dem Gläubiger gestellt hat, da der vom Gläubiger verklagte Bürge als bedingt Verpflichteter befugt ist, den Hauptschuldner als Auctor der Schuld, als zunächst zu Verklagenden dem Kläger zu stellen, so beruft sich der Bürge bei einer gegen ihn nach Freisprechung des Hauptschuldners angestellten Klage nicht sowol auf die res judicata, wie solches der Bürge im Römischen Recht zu thun pflegt,

---

1) v. Savigny, Obligationen, Bd. 1, S. 188—192. Diese Ansicht ist freilich in neuerer Zeit von Manchen bestritten worden.

sondern auf den reus judicatus (absolutus), auf den freigesprochenen Auctor der angeblichen Schuld. Da die Verpflichtung des Bürgen zu leisten von dem Verzug des Hauptschuldners abhängt, so muß natürlich auch der Bürge vollständig durch die Freisprechung des Verbürgten frei werden. Denn dann ist von Seiten des Hauptschuldners gar kein Verzug mehr möglich. Während ferner nach den Beweisregeln der Beweis eines dem Hauptschuldner ertheilten Privatverzichts oder Privatvergleichs durch die Person des Hauptschuldners als unmittelbaren Urhebers dieser Verhältnisse mit erbracht werden muß, wenn sich der Bürge auf solches beruft, so genügt zum Beweis der Freisprechung, daß das betreffende freisprechende Gericht die Freisprechung bezeugt. Der freigesprochene Hauptschuldner braucht nicht persönlich zu erscheinen, um mit seinem Eid die Freisprechung mit zu bezeugen. Der Gläubiger braucht sich sonst nicht gefallen zu lassen, daß der Bürge blos durch dritte Personen die Ungültigkeit der ursprünglich vom Hauptschuldner übernommenen Verbindlichkeit beweist, daß der Bürge, welcher einmal die Bürgschaft an und für sich anerkannte, selbstständig für sich Einwendungen gegen die vom Verbürgten, vom Hauptschuldner zunächst übernommene Verbindlichkeit erhebt, aber dem Zeugniß des Gerichts muß sich der Gläubiger unterwerfen. In dieser Beziehung kann man allerdings sagen, daß auch das Deutsche Recht eine Art von Proceßconsumtion hat.

Durch die gerichtliche Verhandlung und Aburtheilung der Forderung wird nämlich ihr reiner Privatcharakter consumirt, nach stattgefundenem öffentlichen Proceß, nach öffentlichem Urtheil brauchen nun nicht mehr die angeblichen Privatverpflichteten oder Privatberechtigten mit ihrer eigenen Person das durch den öffentlichen Proceß gleichsam in eine öffentliche Sache verwandelte Privatverhältniß mit zu beweisen, sondern die Gerichtspersonen müssen den Beweis liefern [1]). Ein Jeder, welcher an dem verhandelten Proceß be-

---

1) Sächs. Landr., III, 88, 2. Schwäb. Landr. v. Wacker, Cap. 11. Böhme, a. a. O., Th. 6, S. 112. Rechtsb. d. Dist., IV, 46, 1. Kulmer Recht, I, 24. Freiberger Stadtr., Art. 13. Gengler, a. a. O., Holzmind. Rechtsbrief v. 1245, §. 11.

theiligt ist, kann sich auf das Zeugniß des Gerichts berufen. Es wird hierdurch ein Grundsatz ausgesprochen, der noch jetzt zur Folge hat, daß ein Jeder, der für den vor Gericht entschiedenen Fall ein rechtliches Interesse nachzuweisen vermag, befugt ist, über diesen Fall das Gericht anzusprechen, das Zeugniß des Gerichts zu verlangen.

Im Römischen Recht ist es das freisprechende, den objectiven Bestand der Correalobligation aufhebende Urtheil, welches auch für den Bürgen die Obligation vernichtet, im Deutschen ist es der durch das Gericht zu erbringende Beweis von der Freisprechung, dem sich der Gläubiger bei einer Klage gegen den Bürgen zu unterwerfen hat. Die Befreiung des Bürgen von seiner Verbindlichkeit wird hier in ähnlicher Weise begründet, wie in dem Fall, wo der Gläubiger dem Hauptschuldner die Verbindlichkeit freiwillig erlassen hat. Denn da der Bürge berechtigt ist, wenn der Gläubiger gegen ihn klagt, den Hauptschuldner als Auctor der Verbindlichkeit zu stellen, so muß natürlich der Gläubiger von seiner Klage gegen den Bürgen abstehen, sobald letzterer, anstatt den Hauptschuldner als Auctor vorzubringen, mit dem Gericht beweist, daß der Gläubiger bereits gegen den Hauptschuldner klagte, aber mit seiner Klage abgewiesen wurde. Denn dann ist ja dessen Stellung als Auctor überflüssig. Der Bürge beweist dann durch das Gericht Das, was der Hauptschuldner bewiesen hätte, wenn ihn der Bürge dem Gläubiger gestellt hätte. Der Bürge ist selbst dann, wenn er den Beweis zu seinem Nachtheil und folglich auch zu dem des Hauptschuldners nicht wollte gelten lassen, nicht befugt, den vom Hauptschuldner geführten Beweis von der Ungültigkeit der eingeklagten Forderung anzufechten, sondern hat diesen Beweis als den vom wahren Urheber der Schuld geführten unbedingt anzuerkennen. Das Deutsche Recht befreit den Bürgen, weil das Hauptsubject der angeblichen Schuld losgesprochen ist, das Römische Recht, weil durch das freisprechende Urtheil die Forderung selbst ihrem objectiven Bestande nach consumirt ist.

Wie nun der Bürge berechtigt ist, sich auf die Freisprechung des Hauptschuldners als des wahren Auctors der Schuld zu berufen, so muß er auch, wenn er einmal eine Bürgschaft für eine fremde Schuld anerkannt hat, aber der Umfang dieser fremden

Schuld streitig ist, die Aussage des Hauptschuldners über den Umfang der Verbindlichkeit und dessen Verurtheilung gegen sich gelten lassen. Der Bürge, welcher einmal die Bürgschaft anerkannt hat, aber ungewiß ist über deren Inhalt, besitzt als bedingt Verpflichteter nicht das Recht über den Umfang und die sonstige Beschaffenheit der Hauptschuld mit dem Gläubiger zu streiten. Denn solches enthielte einen Eingriff in den Hauptgrundsatz des ältern Beweisverfahrens, nach dessen Principien der ursprüngliche Urheber eines Rechtsverhältnisses über dessen Inhalt zunächst das Beweisrecht hat. Wie derjenige, welcher eine Sache erhalten hat, sobald ein Dritter Rechte an ihr geltend macht, sich auf seinen Auctor zu berufen und ihn zu stellen hat, wie der Empfänger den Ausgang des von seinem Auctor geführten Processes auch als für ihn gültig anerkennen muß, so auch hat hier der Bürge sich in Bezug auf seinen Bürgensteller zu verhalten[1]). Dieser ist für ihn sein Gewährsmann, dessen in Bezug auf die Hauptschuld vorgebrachte Einwendungen und Behauptungen er vollständig anzuerkennen hat. Der Bürge muß soviel leisten, als nach des Hauptschuldners Behauptung die Hauptschuld beträgt[2]). Dieses Recht des angeblichen Hauptschuldners über den Umfang der verbürgten Hauptschuld zu entscheiden, war ursprünglich so unbeschränkt, daß gegen seinen Eidschwur weder der Bürge noch

---

1) Vergl. das Edict. Rot., c. 370: „Si aliqua inter creditorem et debitorem atque fidejussorem surrexerit intentio et dixerit creditor, quia in tali praetextu wadiam suscepi, et fidejussor negaverit, non est caussa fidejussori praebere sacramentum, nisi debitor singulus satisfaciat ad evangelia vel in arma sacrata, quia in tali capitulo nec wadiam dedit nec fidejussorem posuit." Wenn Stobbe, a. a. O., S. 72—121, als Hauptsache in dieser Stelle das findet, daß der bloße Eid hier entscheidet, so ist daneben von gleicher Wichtigkeit, daß dieser Eid nicht der zum Bürgen Gegebene, sondern der Bürgensteller schwört.

2) Heumann, a. a. O., S. 133: „Wer den andern ze pörgen setzt, welherlay vodrung der hintz dem pörgen hat, dem der pörg gehaissen hat, das sol der selbschol, der den porgen versetzt hat, selb ausrichten und verantwurtten. . spräch aber ainer, du pist mein porg nicht, ich han dich nicht versetzt, daz sol er gen dem, der den porgen gemont hat, selb ausrichten und der pörg nicht." Ferner S. 134.

der Gläubiger durch ihren Eid Gegenbeweis liefern konnten. Es wurde deswegen verordnet, daß unter Zuziehung von Gerichtspersonen oder von zwei Zeugen die Stellung der Bürgen erfolgen solle [1]). Die Aussage dieser Gerichtspersonen oder dieser Zeugen vermochte der Hauptschuldner nicht mit seinem Eid anzufechten.

Da der Bürge sich bei der Freisprechung des Verbürgten darauf beruft, daß der letztere als Urheber der angeblichen Schuld über sie zu entscheiden vermag, so muß er mit diesem Vortheil auch den Nachtheil tragen, sobald der Hauptschuldner die vom Gläubiger gegen den Bürgen geltend gemachte Forderung als gültig anerkannt hat, oder hat anerkennen müssen [2]). Hatte doch der Bürge, der einmal die Bürgschaft als gültig anerkannt hat, in älterer Zeit zuzulassen, daß ihn der Gläubiger nach Verurtheilung des Hauptschuldners sofort pfändete [3]). Der Bürge ist daher nicht berechtigt, für seine Person Einwendungen und Einreden gegen den vom Hauptschuldner, dem Auctor der Schuld geführten Proceß, gegen dessen Ausgang und gegen die Verurtheilung des Hauptschuldner selbstständig Einwendungen und Einreden vorzubringen, Gründe gegen die Klage einzuwenden, welche der verurtheilte Hauptschuldner nicht vorgebracht hat. 'Dieser

---

1) Luitp. leg., III, 1: „Quicunque liber homo... wadiam dederit et fidejussorem posuerit, in praesentia duorum vel trium testium, quorum fides admittitur, in omnibus complere debet..... nam si in praesentia duorum vel trium testium stipulatio ipsa facta fuerit, in eorum testimonio credatur, ut sacramentum inter dantes.. atque accipientes minime proveniat.“

2) Heumann, a. a. O., S. 134: „Wirt ein porg angesprochen mit dem rechten, spricht dann der porg hin wider, ich laugen nicht der porgschaft, es spricht aber der gelter, er hab dich gewert, und begert eins tags auf den gelter, den sol man im geben auf daz nächst taeding, was dann der, der da anclagt, dem gelter mit dem rechten anbehabt, da sol der porg umb laisten, es tu dann der gelter selb.“ — „Wer sich eins gewern vermisset ze stellen, und auch den stelt als recht ist, damit sol der porg mit ruen sitzen, bis daz sich daz recht verget, was dann dem gewern anbehabt wirt, da sol der porg umb behaft sein.“ Vergl. auch S. 135.

3) Lex Burgund., tit. 19, c. 5. Heumann, a. a. O., S. 134.

allein hat über den Umfang und über den Inhalt der eingeklagten Forderung als einer zunächst von seiner Person übernommenen Verbindlichkeit zu entscheiden, er allein, abgesehen vom Gläubiger, und kein anderer Privatmann kann über ihren Bestand Beweis führen, ihr Bestehen ableugnen! Der Bürge übernimmt hier als bedingt Verpflichteter nicht allein die Verpflichtung den objectiven Bestand einer fremden Obligation zu bezahlen, sondern er verspricht auch den gegen den Verbürgten geführten Beweis vollständig anzuerkennen. Während daher jetzt der Bürge nur dann die gegen den Hauptschuldner erfolgte Verurtheilung anerkennen muß, wenn er erst nach bereits erfolgter Verurtheilung die Bürgschaft übernommen hat [1]), so gilt dieses in der frühern Zeit auch für den vor der Verurtheilung gegebenen Bürgen. Der Verbürgte wird dem Gläubiger gegenüber nicht allein für seine Person, sondern auch für die des Bürgen verurtheilt. Folglich muß denn auch für den Bürgen der Ausgang des zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger geführten Processes Gültigkeit haben. Die streitenden Proceßparteien haben nicht allein für ihre Personen, sondern auch für die der Bürgen, ja für die eines jeden Andern den Beweis der Existenz, beziehungsweise der Nichtexistenz der Verbindlichkeit erbracht. Denn sie allein können als die wirklichen Urheber des bestrittenen Rechtsverhältnisses über dasselbe den Beweis liefern. Jeder andere Privatmann ist unfähig ohne sie den Beweis zu liefern, ausgenommen ist jedoch natürlich der Fall, wo das Gericht beim Abschluß der Verbindlichkeit hinzugezogen wird. Der Grundsatz des Römischen Rechts: „res inter alios acta tertio non nocet“ kann im ältern Deutschen Recht bei der Bürgschaft keine Anwendung finden, vermöge der innigen Beziehung, des abhängigen bedingten Verhältnisses, in welchem der Bürge zum Verbürgten steht. Der zunächst für den engern Kreis der Familie geltende Grundsatz, daß die Verurtheilung eines wegen Todschlags verklagten Mitglieds auch für die übrigen Mitglieder der Familie, den gesetzlichen Bürgen des zahlungsunfähi-

---

1) Hering, De fidejuss., c. 27, p. IV, No. 50. Pfeifer, Neue Sammlung d. Entscheid. d. Oberappellationsgerichts zu Kassel, Bd. 1, Entsch. 163. v. Savigny, Obligationen, Bd. 1, S. 191.

gen Verbrechers, Gültigkeit besitzt, hat sich auch auf die ausdrücklich gegebene Bürgschaft ausgedehnt. So wiederholt sich in den freiwilligen Handlungen des Einzelnen, das ursprüngliche durch die natürlichen Verhältnisse gegebene Recht.

Die Berechtigung des Bürgen, sich auf die Freisprechung des Verbürgten zu berufen, die Verpflichtung des Bürgen, die gerichtliche Verurtheilung des Hauptschuldners auch gegen sich gelten zu lassen, wird dadurch leichter durchgeführt, daß der Bürge verpflichtet ist, vor dem Gericht Recht zu nehmen, vor welchem er sich verbürgt hat [1]), und vor dem ebenfalls der Hauptschuldner Recht zu nehmen pflegt. Verlangt der Gläubiger trotz der Freisprechung des Verbürgten vom Bürgen die Leistung, so braucht der letztere ja sich nur einfach auf das Gericht zu berufen, von welchem der Hauptschuldner freigesprochen wurde, und vor welchem sich ja der Bürge ebenfalls zu stellen hat. Will der Bürge dagegen die aus der Verurtheilung des Hauptschuldners gegen ihn angestellte Klage abwehren, so genügt einfach das Zeugniß des Gerichts, vor welchem der Bürge steht, um ihn zur Leistung zu zwingen. — Das Verhältniß, in welchem der Hauptschuldner als Auctor der Schuld zum Bürgen steht, ist ferner ebenfalls sehr wichtig für die Folgen, welche eintreten, wenn der Bürge verurtheilt oder freigesprochen ist. Man muß hier nach den einzelnen Fällen unterscheiden.

Hat der vom Gläubiger auf Zahlung verklagte Bürge den Hauptschuldner aufgefordert, den Proceß auf sich zu nehmen, und dieser erkennt zwar seine Auctorschaft der Schuld an, bleibt aber aus, so finden hier statt ganz diejenigen Wirkungen, welche eintreten, sobald Jemand, der sich als Auctor einer überlieferten Sache bekennt, ihren Empfänger aber auf dessen Bitten, ihn gegen die Klage eines Dritten zu vertheidigen, im Stich läßt. Wie hier der Auctor den vom Kläger gegen den Inhaber der Sache geführten Beweis, die an den Kläger erfolgte Herausgabe der Sache anzuerkennen hat, so muß dort der Hauptschuldner die gegen den Bürgen erfolgte Verurtheilung so gelten lassen, als wäre sie gegen ihn erfolgt, als

1) Sächs. Landr., III, 25, 2.

hätte er selbst den Proceß verloren. Das Deutsche Obligationen- und Sachenrecht bewährt auch hier seinen ursprünglichen Zusammenhang. Hat dagegen der Bürge den vom Gläubiger gegen ihn eingeleiteten Proceß übernommen, ohne in keiner Weise den Hauptschuldner zur Uebernahme anzugehen, so gelten wiederum die über den Auctor einer Sache gültigen Regeln. Wie nun der Auctor einer Sache, den ihr Inhaber nicht zur Vertheidigung gegen die von einem Dritten an ihn erhobenen Ansprüche aufgefordert hat, den vom Inhaber verlorenen Proceß anzuerkennen hat, so auch ist der Hauptschuldner nicht absolut gebunden, das Resultat dieses gegen den Bürgen geführten Processes für sich als gültig anzuerkennen, und dem Gläubiger ohne Widerrede die vom Bürgen zugegebene Forderung zu leisten. Zwar muß der Hauptschuldner dem Bürgen den Schaden ersetzen, welchen der letztere im Interesse des Verbürgten erlitten hat, aber der Hauptschuldner kann den ganzen vom Gläubiger gegen den Bürgen gewonnenen Proceß als ungültig anfechten [1]). Ja es kann sogar der Fall vorkommen, daß der Bürge verpflichtet ist, die Schuld des Verbürgten zu zahlen, während der letztere selbst noch gar nicht zur Zahlung verpflichtet ist. Dieses geschieht nämlich dann, wenn Jemand Bürge wird, daß ein um Schuld verklagter Bevormundeter sammt seinem Vormund sich stellen werde. Erscheint hier der Bevormundete nebst seinem Vormund nicht am dritten Termin, so hat der Gläubiger gegen den Bürgen die Schuld gewonnen, während

---

1) Vergl. über diese ganze Frage Heumann, a. a. O., S. 133, Tit. 24: „Wer den andern ze pörgen setzt, welherlay vodrung der hintz dem pörgen hat, dem der pörg gehaissen hat, das sol der selbschol der den pörgen versetzt hat, selb aussrichten und verantwurttn, dem pörgn on allen schaden. spräch aber der, der den pörgen versetzt hat, er mont dich ze unrecht ich han dich also nicht versetzt, so sol er doch dem pörgen seinen schaden abtun und umb denselben schaden sol er jenen selber nachvaren und der pörg nicht. sprach aber ainer, du pist mein pörg nicht, ich han dich nicht versetzt, daz sol er gen dem, der den porge gemont hat, selb auspringen, und der pörg nicht, und sol jener fur den, der pörgn gemant ist, dem pörgn seinen schaden abtun, den er genomen hat oder nympt."

der Verbürgte noch berechtigt ist, binnen Jahr und Tag die Ungültigkeit der Klage zu beweisen [1]). Der verbürgte und bevormundete Verklagte hat hier in der Rechtswohlthat noch nach Jahr und Tag sich zu vertheidigen, gleichsam ein beneficium restitutionis in integrum gegen die Wirkung der drei bereits ohne sein Erscheinen vor Gericht abgelaufenen Termine, welche Rechtswohlthat aber als ein rein persönliches Privilegium auf seinen Bürgen keine Anwendung findet.

§. 15.

Die Erfüllung der verbürgten Verbindlichkeit.

Die Leistung des Bürgen oder des Verbürgten befreit natürlich auch den andern von seiner Verbindlichkeit. Hat der Verbürgte geleistet, so ist für den Bürgen deswegen die Verpflichtung zu leisten nicht mehr vorhanden, weil ja nicht mehr die Bedingung eintreten kann, bei deren Eintritt er zu leisten hat. Hat der

---

1) Schott, a. a. O., Bd. 3. Freiberger Stadtr., Art. 24: „Welch man sich bittet an sinen vormunden den man beklaget umme schult, deme sal man bescheiden uber virzehn Tage sinen vormunden zu gestellen wen iz umme schult ist. burgen muz he setcen. he kume ubir virzehn tage so sal man im aber bescheiden ubir virzehn tage zume anderen male. he kume aber. so sal man im abir bescheiden über virzehn tage zum dritten male. welch zit he abir nicht queme als im bescheiden wirdet so hette iv der kleger di pfenninge irvolget uf dem burgen. zu dem virdem male sal man bescheiden übir jar und übir tac di cit sal der schriber schriben. Alse daz jar uz kumet zume neisten dinge darnach so mac he kumen mit sinem vormunden und mac den gestellen. deme muz denne der kleger schult geben und sinner gewalt umme diselben pfenninge. Der vormunde mac sich bitten zu irvaren an siner gewalt umme die klage. di vrist muz man im lazen biz zume neisten dinge. So kumet he denne zume neisten dinge und muz jehen oder loiken. Ist abir daz jenre keinen vormunden gehaben mac ubir jar und tac als im bescheiden ist, he tritet dar und sprichet, her Richter ich mac minen vormunden nicht gehaben und wil selbe antwerten als mir her bescheiden ist. daz tut he wol ane vare und darf keine buze darumme nicht liden. Loikent he der pfeninnge he muz alda sweren davor. bekennet he abir so muz he leisten in drin tagen."

Bürge die Verbindlichkeit erfüllt, so hört die Verbindlichkeit des Verbürgten auf, weil nun sein von ihm nur eventuell gegebenes Zahlungsmittel zur wirklichen sofortigen Zahlung verwandt worden ist. Der Bürge erscheint hier wie ein Pfand, das dadurch daß es der Gläubiger zur Erfüllung seiner Forderungen verkaufte, die Forderung getilgt hat, während sonst der Bürge, ehe er zahlte, einem Pfande gleicht, das der Gläubiger zur Sicherheit seiner noch bestehenden Forderung besitzt. — Bei einer Gesammtverpflichtung des Bürgen und Verbürgten vertilgt natürlich vermöge ihrer vollständigen äußern Gleichstellung noch weit leichter als bei der echten Bürgschaft die Leistung des einen auch die Verbindlichkeit des andern.

Dagegen darf ein mit Recht vom Gläubiger zur Leistung aufgeforderter Bürge diese Leistung nicht dadurch erfüllen, daß er gegen die Forderung eine andere zur Compensation benutzt, welche ihm aus einem mit dem verbürgten Rechtsgeschäft nicht in unmittelbarem Zusammenhange stehenden zukommt. Denn dieses enthält in Wahrheit nichts Anderes als eine Widerklage, welche doch gegen den Kläger vom Verklagten nicht eher angestellt werden darf, als bis er der gegen ihn angestellten Klage ledig ist[1]. Namentlich kann also der Bürge eine Forderung nicht einwenden, welche dem Hauptschuldner aus einem solchen Rechtsverhältniß zukommt. Ebenso wenig darf der letztere gegen die Klage des Gläubigers eine Forderung einwenden, welche dem Bürgen aus einem nicht mit dem verbürgten Geschäft unmittelbar verbundenen zusteht. Stobbe, der einzige von den mir bekannten Schriftstellern, welcher über dieses Verhältniß sich ausspricht, behauptet ganz allgemein, daß der Hauptschuldner wegen der subsidiären Stellung des Bürgen nicht befugt ist, wenn der letztere eine ihm gegen den Gläubiger zustehende Forderung erlassen hat, diese zur Compensation gegen die Klage des Gläubigers aus dem verbürgten Rechtsgeschäft zu benutzen[2]. Folglich ist dagegen nach

---

1) Sächs. Landr., III, 12, 1.

2) Stobbe, a. a. O., S. 125, beruft sich auf eine Urkunde bei Niesert, Beitr. z. Münsterschen Urkundenb., Bd. 1, Abth. 2, S. 387, a. 1306. Der Graf von Holstein erläßt seine Forderung bis auf 400 Mark seinem Schuldner, dem Bischof von Münster. Dieser Erlaß soll jedoch kei-

einem Schluß aus seiner Ansicht der Bürge berechtigt, eine solche Compensation vorzunehmen, sobald der Hauptschuldner dem Gläubiger eine Forderung erlassen hat.

Dieser Grundsatz streitet aber einmal ganz gegen die früher bereits erklärten Regeln über die Widerklage [1]) und kann daher selbst dann nicht Anwendung finden, wenn Bürge und Verbürgter als Gesammtverpflichtete sich vollständig einander gleichstehen. Ferner steht ihm aber namentlich bei der echten Bürgschaft der Umstand entgegen, daß nach dem ältesten Recht bei einer Klage des Gläubigers gegen den Bürgen auf die Zahlungsfähigkeit des Verbürgten nichts ankommt. Denn will der Verbürgte nicht zahlen, leistet er trotz der gerichtlichen Aufforderung des Gläubigers keine Zahlung, so ist ja der Gläubiger berechtigt, sich an den Bürgen zu wenden, und braucht nicht zu erforschen, ob der Verbürgte wirklich zahlungsunfähig ist oder nicht. Folglich braucht auch der Gläubiger sich nicht auf die Compensation einzulassen, welche der Bürge gegen dessen Klage mit einer dem Verbürgten gegen den Gläubiger aus einem andern Rechtsgeschäft zustehenden Forderung benutzen will. Denn diese Compensation ist ja im Grunde von Seiten des Bürgen kein anderer Einwand, als daß der Hauptschuldner zahlungsfähig ist.

Der Umfang der Leistungsverbindlichkeit des Bürgen richtet sich nach dem Umfang der verbürgten Verbindlichkeit. Da bei Geldschulden keine Berechnung des Interesses, keine Verzugszinsen stattfinden, so ist hier die Berechnung sehr einfach. Verwickelter dagegen ist die Berechnung, sobald sich Jemand für die Gewährschaft einer überlassenen Sache verbürgt hat.

---

nen Einfluß haben auf die Verpflichtung des Herrn von Loe, dem Bischof eine bestimmte Burg zu überliefern, für welchen Vertrag sich der Graf von Holstein verbürgt hatte. Die Hauptabsicht bei dieser letztern Bestimmung scheint nun wol nicht die gewesen zu sein, dem Hauptschuldner das Recht zu nehmen, sich auf diesen Erlaß berufen zu dürfen, sondern vielmehr bei dem Bürgen die Verpflichtung aufrecht zu erhalten, daß er trotz des von ihm gegebenen Nachlasses vollständig seine Bürgschaft einhält. Ich vermag daher aus dieser Urkunde nicht die allgemeine Regel herzuleiten, welche aus ihr Stobbe herleitet.

1) Vergl. §. 4.

Der Bürge hat hier alles Das zu ersetzen, was der Auctor zu ersetzen hat, wenn derjenige, der von ihm die Sache erhielt, diese Sache an einen Dritten wieder herausgeben muß. Der Bürge braucht daher diejenigen Früchte nicht zu ersetzen, welche der Empfänger einer Immobilie von ihr vor der gegen ihn auf Herausgabe der Sache angestellten Klage gezogen hat [1]. Dieses gilt selbst dann, wenn man eine Immobilie erhielt, von der man wußte, daß sie dem Geber nicht gehörte [2]. Denn diese Früchte verbleiben dem Empfänger. Dagegen ist der Bürge gehalten, diejenigen Früchte zu ersetzen, welche der Empfänger trotz der gegen ihn angestellten Klage noch gesäet hat [3]. Denn dieser hat wegen der angestellten Klage jegliches Recht verloren noch mit dem Grundstück selbstständig zu verfahren. Er darf nur diejenigen Früchte behalten, die er bereits vor der Klage ausgesäet hat [4].

In Bezug auf die Früchte von Mobilien ist sogar in gewisser Beziehung die Verpflichtung zu ihrem Ersatz noch eine geringere als wie bei den Immobilien. Denn ein Jeder, welcher wissentlich eine fremde Mobilie empfängt, verliert sobald ihn nicht die Regel: „Hand muß Hand wahren" schützt, jeglichen Anspruch auf Ersatz der an ihr angebrachten Verbesserungen oder der auf sie gemachten Verwendungen oder der von ihr gezogenen Früchte. Alles dies muß er dem Kläger wegen seines Wissens überlassen [5], ohne irgend einen Anspruch auf Entschädigung gegen irgend Jemanden zu besitzen.

---

1) Luitp. leg., VI, c. 36. Sächs. Landr., II, 41; II, 44, 2. Schwäb. Landr. v. Laßberg, Cap. 211. Richtsteig d. Landr., Buch 1, c. 16.

2) Dagegen streitet auch nicht c. 359 des Edict. Rot. Denn dieses redet doch nur von dem Falle, wo, wie sich aus den folgenden Capiteln (c. 360, 361, 363) ergibt, sich Jemand eigenmächtig in den Besitz einer fremden Immobilie gesetzt hat.

3) Sächs. Landr., II, 46, 2, 3. Leg. Luitp., VI, c. 36.

4) Sächs. Landr., II, 46, 3.

5) Lex Bajuvar., VIII, c. 13, §. 2; c. 14. Edict. Rot., c. 235, 271, 273. Wilda, a. a. O., S. 635—638. Schwäb. Landr. v. Wacker, Cap. 265, 325, 329. Kulm. R., V, 43, 3. Böhme, a. a. O., Bd. 6, Schöffenurtheile, S. 109. Heumann, a. a. O., Tit. 16, S. 107. Platner, Histor. Entwickelungen, Bd. 2, S. 148—154.

Sonst braucht der Bürge nicht für Das einzustehen, was den ursprünglichen Umfang der Schuld überschreitet. Denn bei Errichtung der Bürgschaft wird ja der Bürge von dem Verbürgten nur für den Umfang der Verbindlichkeit gleichsam hingegeben, in welchem sie sich damals befand.

Die spätern, zum etwaigen Nachtheil des Bürgen erfolgten Veränderungen der Schuld können also nicht wirksam sein für den Bürgen, da sie außerhalb des Umkreises der ursprünglich von ihm übernommenen Verbindlichkeit liegen. Nur steht es natürlich dem Bürgen frei, bei Uebernahme der Verbindlichkeit dieselbe auch auf etwaige Vermehrungen der Schuld auszudehnen [1]).

§. 16.

Das gegenseitige Verhältniß des Bürgen und Verbürgten, namentlich nach erfüllter Bürgschaft.

Die ganze historische Entwickelung der Bürgschaft im ältern Deutschen Recht streitet gegen die Römische Ansicht, daß das zwischen Bürgen und Verbürgten bestehende Verhältniß nur nach den Grundsätzen des Mandats oder der negotiorum gestio zu beurtheilen ist. Denn da der Bürge sich vollständig dem Bürgensteller anvertraut, da er sich von diesem als Bürgen hingeben läßt, indem er von ihm zuversichtlich hofft, er werde als Auctor der Schuld ihn nicht zur Leistung derselben durch sein unzuverlässiges Benehmen zwingen, so wird ein solches inniges Vertrauensverhältniß nicht blos nach dem vermögensrechtlichen Verlust und Gewinn beurtheilt. Der Verbürgte, welcher das auf ihn gesetzte Vertrauen misbraucht, welcher trotz seines Vermögens im Verzug mit seiner Leistung an den Gläubiger bleibt, oder trotz der vom Bürgen an ihn erfolgten Aufforderung zur Vertretung, aus Nachlässigkeit ausbleibt, also nicht, wie er sollte, alles aufbietet, um den Bürgen nicht zur Leistung der Schuld

---

1) Hach, Lüb. Recht, cod. II, Art. 166; Revidirt. Lüb. Recht, III, 5, 1. Stobbe, a. a. O., S. 123.

durch sein unredliches Verfahren zu nöthigen, ist daher ursprünglich verpflichtet, dem Bürgen nicht allein den Schaden zu ersetzen, sondern ihm auch Strafe zu zahlen. Denn der Verbürgte hat durch seine Nichtleistung dem Bürgen nicht allein einen Vermögensverlust verursacht, sondern auch eine unsittliche, strafwürdige Handlung begangen!

Diese vermögensrechtlichen und strafwürdigen Folgen der Bürgschaft für den Verbürgten haben vorzugsweise die ältesten Rechtsquellen hervorgehoben. Denn nach ihnen muß der Verbürgte das Zweifache, Dreifache von Dem leisten, was der letztere dem Gläubiger geleistet hat [1]). Leistet der Verbürgte solches nicht freiwillig, so ist der Bürge sogar berechtigt, durch eigenmächtige Pfändung der Sachen des Verbürgten sich bezahlt zu machen [2]).

Aber nicht allein die freiwillige, sondern auch die unfreiwillige Bürgschaft, wo einzelne Familienmitglieder für den von einem vermögenslosen Mitglied der Familie begangenen Todtschlag mit ihrem Vermögen einstehen müssen, kann nicht rein nach den Grundsätzen eines Mandats oder einer negotiorum gestio beurtheilt werden. Da hier für die Familie kein besonderer Auftrag von Seiten des Hauptschuldners vorliegt, so müßte man hier, um dieses Verhältniß doch unter eine bestimmte juristische Form zu bringen, nach Römischer Rechtsanschauung einen quasi Vertrag annehmen. Die Annahme eines quasi Vertrags und einer Geschäftsführung, einer negotiorum gestio, streitet aber doch gegen den ganzen Charakter dieser Verpflichtung. Diese ist eine durch die Verwandtschaft des Blutes, durch die Innigkeit der Familienbande von selbst gegebene Pflicht, und trägt dadurch den Charakter der Nothwendigkeit an sich, wie ein sonstiges echtes Familienrecht. Hier erscheint der Einzelne als Glied eines or-

---

1) Lex Burgund., tit. 19, c. 8: „Quodsi dissimulaverit implere, quod placitum est, et necesse fuerit fidejussorem constrictum atque compulsum debitum de suo solvere, in triplum ab illo pro quo fidejussum est, impleatur, quidquid fidejussorem in hac causa solvisse constiterit.“ Pertz, Mon. Germ., III. Capit. Paderb. 785, c. 27: „Ille autem, qui debitor fidejussori exstitit, duplum restituat pro eo quod fidejussorem in damnum cadere permisit.“

2) Lex Burgund., tit. 19, c. 5, 6.

ganischen Ganzen, nicht als ein für sich allein stehendes Rechtssubject. Das einzelne Familienmitglied, welches zum Wergeld mit beiträgt, beabsichtigt zwar auf der einen Seite die Verpflichtung eines Dritten zu erfüllen, aber auf der andern wahrt es doch durch diese Leistung sein eigenes Interesse, das Ansehen und die Ehre seiner Familie, welche durch die persönliche Bestrafung, durch die Friedlosigkeit eines Familienmitglieds an Achtung und Ruhm verlieren würde. Der Glanz und die Würde der Familie würde befleckt worden sein, wenn die vermögenden Familienmitglieder aus reinem egoistischem, vermögensrechtlichem Interesse ruhig ertragen haben würden, daß ein Mitglied der Familie aus Mangel an eigenem Vermögen an seiner Person bestraft worden wäre. Wo so verschiedenartige, vermögensrechtliche, strafrechtliche, natürlich-sittliche Interessen bei einem Verhältniß zusammentreffen, läßt sich daher solches nicht als eine einfache nüchterne negotiorum gestio auffassen, wo Jemand nur in der Absicht, die Geschäfte eines Dritten zu übernehmen, ganz freiwillig in dessen Interesse die Geschäfte führt. Wenn daher diese Verpflichtung der Familie, Wergeld zu zahlen, sich nicht als einen quasi Vertrag bestimmen läßt, so ist sie vielleicht als ein quasi Delict aufzufassen, zumal da sie ja sich auf die aus Verbrechen entstandenen Verhältnisse bezieht. Denn wie z. B. der Eigenthümer eines Sklaven, eines Thieres wegen der von diesen verursachten Beschädigungen zu haften hat, weil die Urheber zu ihm in sehr nahem Verhältniß stehen, so auch könnte man vielleicht diese Verpflichtung der Familie aus der so innigen Beziehung erklären, in welcher der Verbrecher zu seiner Familie sich befindet. Wie ferner der Eigenthümer eines Thieres frei wird von dieser Verbindlichkeit, für den von seinem Thier angerichteten Schaden einzustehen, wenn er sich von demselben trennt und dasselbe aus seinem Eigenthum losläßt, so auch kann ein Familienmitglied sich von der Verpflichtung zur Bezahlung des von einem andern Familienmitglied zu leistenden Wergeldes losmachen, sobald es sich vollständig und feierlich von seiner Familie lossagt [1]. In Rücksicht auf diese Aehnlichkeiten läßt sich

---

1) Lex Salic., tit. 63.

allerdings diese Verpflichtung mit der aus einem quasi Delict entstandenen Verbindlichkeit zusammenstellen. Man kann eine solche aus der Verwandtschaft entstehende Verpflichtung mit der ebenfalls aus dieser innigen persönlichen Beziehung hervorgehenden Alimentationspflicht der nah verwandten Familienmitglieder vergleichen. Wie hier die Versagung des Unterhalts als eine nicht zu duldende Lieblosigkeit erscheint, so beruht dort die Verweigerung, das Wergeld für ein Familienmitglied zu leisten, auf einer ganz verwerflichen Verhöhnung aller Familienehre, auf einer schmähligen Vernichtung der ganzen nur in und mit der Familie begründeten öffentlichen und Privatstellung. Wenn daher angenommen wird, daß die Römischen Rechtsgelehrten, sobald sie bei der Alimentationspflicht zu entscheiden gehabt hätten, ob hier diese Verpflichtung nach Art einer vertragsmäßigen (quasi ex contractu) oder nach Art einer durch Rechtsübertretung (quasi ex delicto) begründeten Verbindlichkeit anzusehen sei, sich für die letzte Ansicht ohne Zweifel entschieden haben würden [1]), so kann man sicherlich noch weit mehr die Verpflichtung, das Wergeld für das vermögenslose Familienmitglied zu bezahlen, als ein quasi Delict auffassen. Freilich unterscheiden sich beide Quasidelicte in einem nicht unwesentlichen Punkt. Denn während bei der Alimentationspflicht kein Rückforderungsrecht des Geleisteten stattfindet, wenn später der Alimentirte vermögend wird [2]), so muß dagegen das Familienmitglied, das später Vermögen erhält, das für ihn gezahlte Wergeld ersetzen. Das Römische Recht scheint also hier einen höhern, weniger egoistischen Standpunkt einzunehmen, als das Deutsche, während man doch sonst gerade den starren egoistischen Charakter dem Römischen Recht zum Vorwurf macht, dagegen die höhere sittliche Natur des Deutschen Rechts hervorhebt. Aber dennoch bewahren beide Rechte auch hier ihren eigenthümlichen Charakter. Denn nach Römischer Rechtsanschauung besteht ja überhaupt gar keine Verpflichtung der Verwandten, bei Verbrechen des Verwandten im Nothfalle für ihn einzustehen, z. B. bei einem Diebstahl, dessen

---

1) Vergl. z. B. Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. 2, §. 614.
2) L. 11 C. de neg. gest. (2, 19).

Strafe zu bezahlen. Denn das Verbrechen soll eben nur an seinem Urheber bestraft werden. Wenn daher das Deutsche Recht eine solche Nothhülfe statuirt, so wird mit Recht verlangt, daß wenn später die Noth aufgehört hat, derjenige, dem aus der Noth geholfen wurde, das für ihn Geleistete wiedererstattet. Die Klage, welche die Verwandten auf Zurückzahlung des von ihnen geleisteten Wergeldes anstellen, ist keine gewöhnliche, sondern eine qualificirte Schuldklage. Denn da ihre Leistung den schuldigen Verbrecher aus der Noth hilft, da er, wenn er Erbgüter besessen haben würde, diese zur Bezahlung hätte verwenden müssen, so ist er, beziehungsweise sein Erbe auch verpflichtet, wenn sie etwa später nach der für sie erfolgten Leistung Erbgüter bekommen, mit diesen im Nothfall die Leistung zu ersetzen. Der Zweck, zu dem das zu ersetzende Geld verwandt wurde, individualisirt, specialisirt die sonst allgemeine Beschaffenheit der Geldschuld. Es entspricht dieses dem Charakter des ältern Deutschen Rechts, je nach dem Stand des Verklagten, je nach der Beschaffenheit des Objects, je nach dem Entstehungsgrund einer Forderung die Klage zu richten. Die Anzahl der Eideshelfer ändert sich je, nach dem Stand des Verklagten, die Klage auf eine Sache, ändert sich je nachdem diese eine Mobilie oder eine Immobilie ist, die Klage auf Ersatz ändert sich, je nachdem die Leistung aus familienrechtlichen-, Vertrauens- oder andern Verhältnissen hervorging. Der gesetzliche Bürge tritt hier bezüglich seiner Ansprüche auf Ersatz an die Stelle desjenigen, den er mit seinem Gelde abgefunden hat. Er ist ganz in dem Maße und in der Stärke berechtigt die Befriedigung seiner Forderung zu verlangen, in welchem es derjenige war, dessen Forderung auf Wergeld er befriedigte. Der Bürge wird also so angesehen, als habe er auch nicht einfach Geld, sondern Wergeld zu fordern. Es kommt hier in gewisser Weise der im Römischen Recht anerkannte Grundsatz zur Anwendung, daß derjenige, der einen privilegirten Gläubiger abgefunden hat, dessen privilegirtes Forderungsrecht gegen den ursprünglichen Schuldner erlangt [1]). Da die Bürgen an die Stelle des frühern Wergeld-

1) L. 2 D. de cess. bon. (42, 3). L. 24, §. 3 D. de reb. auct. jud. (42, 5).

gläubigers von selbst treten, so bedürfen sie nicht einer besondern Cession der Klage des ursprünglichen Gläubigers, welcher von ihnen mit ihrem Gelde bezahlt ist. Die Klage dieser gesetzlichen Bürgen, der Nothbürgen, welche weder die Stelle von Mandataren noch von freiwilligen Geschäftsführern für den Schuldner einnehmen, ist weder eine actio mandati noch eine actio negotiorum gestorum, sondern die des ursprünglichen Gläubigers.

Dieser Grundsatz, daß der Bürge in Bezug auf den Ersatz des von ihm Geleisteten von selbst an die Stelle des ursprünglichen Gläubigers tritt, ist auch bei der freiwilligen Bürgschaft anerkannt worden. Die früher bei ihr übliche Strafe für den Verbürgten, wenn er den Bürgen für ihn hat leisten lassen, hört später zwar auf, doch hat der Verbürgte dem Bürgen jeglichen Vermögensverlust zu ersetzen, welchen er aus der übernommenen Bürgschaft gehabt hat [1]). Diese Verbindlichkeit des Verbürgten geht so weit, daß er dem Bürgen sogar dasjenige ersetzen muß, was der Bürge zwar in gutem Glauben in Bezug auf die Bürgschaft leistete, dessen Leistung aber der Gläubiger mit Unrecht forderte, da die verbürgte Hauptschuld sich nicht darauf erstreckte. Der Verbürgte, nicht der Bürge, wie man wol nach Römischer Rechtsanschauung erwarten sollte, hat hier den Gläubiger auf Ersatz Dessen zu belangen, was derselbe mit Unrecht vom Bürgen gefordert und erhalten hat [2]). Der Bürge hält sich in Bezug auf den Ersatz dieser Forderung an den Verbürgten; letzterer mag zusehen, wie er vom Gläubiger

---

1) Michelsen, Sammlung altdithmarscher Rechtsquellen, Landr. von 1539, Art. 210, §. 1: „Wil de sakewold denne den borgen nicht benemen in den sös weken unde watte schaden de borge denne darumme deyt, dat schal de sakewold vul und al holden und uthdregen. Fontes rer. Aust., Abth. 2, Bd. 1, S. 226. Böhmer, a. a. O., S. 226. Heumann, a. a. O., S. 133.

2) Heumann, a. a. O.: „Wer den anderen ze pörgen setzt, welherlay vodrung der hintz dem pörgen hat, dem der pörg gehaissen hat, das sol der selbschol, der den porgen versetzt hat, selb ausrichten und verantwurtten, dem pörgn on allen schaden, spraech aber der, der den pörgen versetzt hat, en mont dich ze unrecht, ich

Ersatz dieses Schadens erlangt [1]). Es gilt ferner hier, wie im Römischen Recht die Sitte, daß der Verbürgte den Bürgen von seiner Verbindlichkeit befreien muß, wenn er die Befreiung von der Bürgschaft zu lange verzögert. Weigert sich der Verbürgte solches zu thun, so kann der Bürge verlangen, daß ihm Sachen des Verbürgten zugeschlagen werden, damit er mit ihnen den Gläubiger bezahlt macht [2]). Dieses Recht des Bürgen hier nicht mit seinen Sachen, sondern mit denen des Verbürgten zu leisten, die Verpflichtung des letztern, sobald der Gläubiger mehr als Recht ist vom Bürgen gefordert hat, dieses dem Bürgen zu ersetzen, dagegen vom Gläubiger den Ersatz zu fordern, alles dieses beruht darauf, daß der Bürge als provisorischer bedingter Stellvertreter bei seiner Leistung des Verbürgten gilt. Da der Bürge vom Hauptschuldner, dem Auctor der Schuld

---

han dich also nicht versetzt, so sol er doch dem porgen seinen schaden abtun, und umb denselben schaden sol er jenem selber nachvaren und der pörg nicht. spräch aber ainer, du pist mein pörg nicht, ich han dich nicht vesetzt, daz sol er gen dem, der den porgn gemont hat, selb ausbringen und der porg nicht, und sol jener fur den der pörg gemant ist, dem pörgn seinen schaden abtun, der er genomen hat oder nympt."

1) Heumann, a. a. O.

2) Böhmer, a. a. O., S. 330, a. 1330: „Nos Gerlacus dictus Schelme, miles, judex ville in Redelinheim publice recognoscimus, quod discreti viri Conradus de Heldeberg et Waltherus zu Lewenstein, cives Frankenfordenses, coram nobis in predicta villa in judicio constituti, petierunt sibi de curia et bonis seu agris Volperti dicti de Sassen, oppidani in Croninberg, qui eosdem apud ... judeos frankenfordenses pro quadam summa pecunie fidejussores obligaverat, et exsolvere ab hujusmodi fidejussione non curavit, fieri justicie complementum. Nos ipsorum petitione audita et intellecta, ac omnibus, que secundum jus et aprobatam consuetudinem terre facienda fuerant, legitime observatis, predictis civibus de prefatis bonis dicti Volperti, sitis in terminis ville Redelinheim predicte, unum mansum . . . rite et sententialiter adjudicavimus, et ipsis assignavimus possesionem eorundem pro solutione debiti memorati." Die Stelle des Brünner Schöffenbuchs, Art. 297: „Fidejussor quandoque antequam solverit pro reo in ipsum agere potest, vel si reus fuerit condemnatus, vel si coepit bona sua dissipare reus vel si diu stetit in obligatione fidejussor", verräth zu sehr ihren Ursprung aus L. 38, §. 1 D. mand. vel contra (17, 1), um hier von Bedeutung zu sein.

vor die Hauptschuld als bedingter Schuldner hingestellt wird, so muß der Verbürgte alles Das, was der Bürge als solcher leistet, so ansehen, als hätte der Bürge ihm gegenüber nur provisorisch geleistet. Der Verbürgte ist ja verpflichtet, als Auctor der Hauptschuld seinen Stellvertreter zu vertreten, statt seiner den Proceß zu übernehmen, statt seiner zu leisten. Wie nun derjenige, welcher als Auctor vorgeladen wird, um den Proceß zu übernehmen, welcher gegen den provisorischen Stellvertreter des Auctors geführt wird, bei seinem Wegbleiben vollständig den Ausgang des gegen seinen Stellvertreter geführten Processes als gültig gegen sich anerkennen muß, so auch gilt dieses beim Verbürgten, der durch sein Nichtleisten, durch sein Nichterscheinen den Bürgen zur Leistung zwingt. Klagt daher der Bürge gegen den Verbürgten auf Ersatz dieser Leistung, so klagt er ganz so wie der ursprüngliche Gläubiger klagen würde. Der Verbürgte hat in Bezug auf diesen Ersatz ganz so zu verfahren, als hätte der Gläubiger selbst gegen ihn unmittelbar geklagt. Der Bürge erscheint daher in dieser Beziehung als der wirkliche Gläubiger, die vom Verbürgten an ihn erfolgte Leistung enthält eine Bestätigung der vom Bürgen bereits gleichsam nur provisorisch erfolgten Leistung. Hat daher z. B. der Verbürgte dem Gläubiger versprochen, ihn vor allen übrigen Gläubigern zu bezahlen, hat er ihm die Leistung bei einem gewissen Gut angelobt, so müssen nöthigenfalls auch dem Bürgen, welcher für den Verbürgten geleistet hat, diese Vortheile zukommen [1]). Die bekannte Streitfrage über die Zeit, innerhalb welcher der Bürge die Cession der dem Gläubiger zustehenden Forderung fordern könne, über die Fiction dieser Forderung wird einfach durch die Stellung gelöst, welche der Bürge als ein vor die Hauptschuld bedingt gestellter Schuldner zum Auctor der Hauptschuld, dem Verbürgten, einnimmt. Das Deutsche Recht gelangt auf diesem einfachen formellen Wege zu einem Resultat, welches erst auf künstlichem Wege im Römischen Recht

1) Diese Ansicht wird auch bei der Gesammtbürgschaft dadurch bestätigt, daß wenn ein Gesammtschuldner das Ganze geleistet hat, ihm alle ursprünglich für den Hauptschuldner gesetzten Pfänder zukommen. Michelsen Oberhof zu Lübeck, Nr. 178.

gewonnen wird. Das gegenseitige Vertrauens- und Stellvertretungsverhältniß zwischen Bürgen und Verbürgten führt dazu, daß der Bürge vom Gläubiger wie der ursprüngliche Schuldner behandelt werden darf, der Bürge dagegen befugt ist, wie der ursprüngliche Gläubiger gegen den Hauptschuldner einzuschreiten. Diese Ansicht bestätigt schon das ältere Volksrecht. Denn der Bürge, der geleistet hat, ist berechtigt, den Hauptschuldner, für den er leistete, zu pfänden, welches Pfändungsrecht auch dem Gläubiger zustand [1]). Wenn nun auch die spätern Rechte und die romanisirten Juristen keine, oder wenigstens keine klare Vorstellung besitzen von der ursprünglichen Stellung des Bürgen zum Verbürgten, wie sie im ältern Deutschen Recht bestand, so haben doch einige unwillkürlich dasselbe dadurch anerkannt, daß sie dem Bürgen, welcher für den Verbürgten geleistet hat, ein Pfandrecht an dessen Vermögen einräumen [2]), oder auf eine andere Weise seine Forderung auf Ersatz begünstigen [3]). Denn da der Gläubiger den Hauptschuldner, der ihn nach eingetretenem Verzug nicht bezahlt, berechtigt ist zu pfänden, so muß der Bürge, der für den Verbürgten leistet, auch ein solches anwenden dürfen. Damit aber der Bürge ganz an die Stelle des Gläubigers tritt und vollständig gesichert ist, so wird ihm nicht ein Pfändungsrecht, sondern ein bereits bestehendes Pfandrecht zugeschrieben. Es wird gleichsam fingirt, daß der ursprüngliche Gläubiger bereits sein Pfändungsrecht ausgeübt und nun an den Bürgen, der ihm zahlt, das ihm bereits zustehende Pfandrecht übertragen hätte. Durch das Pfandrecht des Bürgen am Vermögen des Verbürgten von dem Augenblick an, wo er die Zahlung für den letztern geleistet hat, wird es möglich gemacht, daß der dem Bürgen zu leistende Ersatz ganz so er-

---

1) Lex Burgund., tit. 19, c. 5, 6.

2) Vergl. z. B. Treutler, Consilia, c. 61, No. 23, 24. Beuter, Tract. de jur. praelat., lib. I, c. 48. Auch stimmt es mit dem ältern Recht überein, wenn der Bürge nach einigen Rechten mit Sachen des Verbürgten bezahlen darf. Vergl. Pauli Parisii Consilia, lib. III, c. 104, No. 8. D'Argentre, Commentarius in patr. Briton. leg., p. 627.

3) Statut von Mühlhausen, Buch 3, Art. 64, 65. Stadtr. v. Böhmen u. Mähren, S. 383. Scheplitz, Cons. march. et elect. Brandenburg., c. 331, No. 19.

folgt, als hätte der Hauptschuldner dem Gläubiger noch zu leisten. Der von den meisten neuern Juristen und Gesetzbüchern angenommene Grundsatz, daß der Bürge befugt ist, ohne eine besondere Cession in die Rechte des von ihm befriedigten Gläubigers zu treten und dessen Forderung gegen den Hauptschuldner ganz so wie sie der Gläubiger besaß, geltend zu machen [1], entspricht also nicht allein dem fortgeschrittenen Römischen Recht, sondern auch der ursprünglichen Entwickelung des Deutschen. Auch hier kommen diese beiden Rechte, wenn auch auf verschiedenem Wege doch zu demselben Resultat.

1) Girtanner, a. a. O., S. 533, 537.

Druck von F. A. Brockhaus in Leipzig.

28